

Num. 1.



NTES DE EXPONER LA defensa à favor de Don Antonio Laso, y fundar el Derecho, que como immediato Successor de estos Vinculos tiene, para que se le cōceda la Administracion de ellos con fianza, debe preceder la relacion del Hecho, de que dimana la disposicion de Derecho, como lo dixo el Jurisconsulto Alpheno *in leg. Si ex plagis. §. In clivo capitolino. ff. Ad legem Aquiliam*, ibi:*In causa ius esse positum.* vbi glossa ait:*Vel causam dicit factum ipsum, cum quo ius est implicitum; nefasque videtur esse (vt ait Iurisconsultus Gaius in leg. 1. ff. de orig. Iur.) nulla præfatione facta, Iudici rem exponere.*

2. Y dando principio por las fundaciones de los Vinculos, la primera fue la de Pedro de Marchena Bazàn, vezino, que fue, de la Ciudad de Carmona, quien en vna de las clausulas de su testamento mandò al Bachiller Salvador de Marchena, Clerigo Presbytero, su hijo legitimo, y de Maria de Santaella, su muger, vna haza de tierras de pan sembrar, que tenia en el termino de dicha Ciudad en la pertenencia de la Puente, en la qual le hizo mejora à el dicho su hijo en el tercio, y quinto de sus bienes, con condicion, que mientras viviesse la dicha Maria de Santaella avia de percebir los frutos, y rentas de dichas tierras; y despues de su muerte el dicho Salvador de Marchena, con el cargo de diferentes Missas, que se avian de dezir en diversas Festividades de el año, prohibiendo la enagenacion de dichas tierras, pues fue su voluntad, que permanecieran siempre en los descendientes de su linaje; y para despues de los dias de la vida del dicho Salvador de Marchena, llamò à la succession de este Vinculo à Aparicio de Marchena, su hijo, ò al hijo mayor, nieto, ò descendiente, que tuviesse, *con tanto, que sean legitimos*, que son palabras expressas de la fundacion.

3. Y en caso, que el dicho Aparicio de Marchena no tuviesse hijos, ni descendientes legitimos, fue su voluntad, que posseyesse este Vinculo Gracia de Escamilla, su hija, muger de Christoval de Baeza; y q̃ à falta de la su-

so-

sodicha, y sus descendientes, succediessen los demàs parientes en la misma conformidad, previniendo, que assi el dicho Salvador de Marchena, como los demàs successores pudiessen aumentar este Vinculo, y que las condiciones, y declaraciones, que pusiesse el susodicho, se tuviessen por validas.

4. En 4. de Julio del año de 1563. otorgò su testamento la dicha Maria de Santaella, ê hizo mejora à el dicho Bachiller Salvador de Marchena, su hijo, de vnas casas, que estàn en dicha Ciudad en la collacion de Santa Maria, para que las posseyesse en la misma conformidad, que las tierras, que le dexò su marido, haziendo los mismos llamamientos, que el dicho Pedro de Marchena, y con la condicion, de que los successores fuessen legitimos, y las demàs, que contiene la vinculacion de las tierras.

5. En primero de Octubre de 1564. el dicho Bachiller Salvador de Marchena otorgò su testamento; y haziendose cargo de la vinculacion hecha por sus Padres, acreciò, y aumentò las mejoras de las casas, en que vivia, y diferentes pedazos de tierra, y olivares, los quales bienes mandò por via de mejora à el dicho Aparicio de Marchena, su hermano, para que se vniessen, y juntassen con las casas, y tierras de la vinculacion de sus Padres, ê hizo los mismos llamamientos, y expressò la condicion, de que los Posseedores fuessen legitimos, arreglandose en el todo à las vinculaciones antecedentes.

6. En primero de Octubre de 1581. Doña Bernardina de Rueda, viuda de el Jurado Aparicio Bazàn, otorgò su testamento, en que ratificò la escriptura, que declarò aver otorgado, en la qual avia mandado el tercio, y quinto de sus bienes à Don Pedro Bazàn, su hijo, cuya ratificacion fue con la condicion, de que el dicho Don Pedro diesse 200. ducados à vna niña, que avia criado, llamada Marina, para que tomasse estado; y que si esta cantidad no fuesse equivalente para la dote, supliesse lo demàs el dicho Don Pedro; y que lo que quedasse de el tercio, y quinto, sacados los 200. ducados, y lo demàs, que de èl se huviesse de sacar, se incorporasse con el Vinculo, que posseìa el dicho Don Pedro Bazàn, fundado por el dicho Salvador de Marchena, su cuñado, con las mismas calidades, condiciones, y llamamientos.

7. Aviendo vacado estos Vinculos en el año passado de 1691. por muerte de Doña Ana Isidora Bazàn y Lugo, muger, que fue, de Don Andrès de Cervantes y Cabrera, se siguiò pleyto sobre la succession de ellos entre Don Christoval Laso de la Vega Barba y Bazàn, por cuya muerte saliò los â autos Don Miguèl Laso, su hermano, y Padre de Don Antonio Laso, Doña Marina Barba de Mendoza, y Don Antonio Barba de Gongora, hijo natural, que dize ser de Don Enrique Barba de Gongora; y aunque à el principio saliò à los autos el dicho Don Antonio Barba por sì, pretendiendo pertenecerle estos Vinculos, despues por Marzo del año passado de 1692. diò pedimento en nombre de Don Pedro Barba Bazàn y Gongora, ausente en los Reynos de las Indias, en la Ciudad del Cuzco, Reyno del Perù, pretendiendo se declarasse por legitimo successor al dicho Don Pedro.

8. Deduxo esta pretension presentando vn poder, al parecer otorgado en la Ciudad del Cuzco en 20. de Agosto de 1690. por el dicho Don Pedro Barba à Doña Catalina Barba de Gongora, Religiosa en el Convento de la Concepcion de la Ciudad de Carmona, y à Don Antonio Barba, expressando ser su sobrino, ê hijo natural de Don Enrique Barba de Gongora, hermano del dicho Don Pedro, generalmente, para que ambos juntos, y cada vno in solidum pudiessen percebir, y cobrar qualesquier cantidades, que perteneciessen â el dicho Don Pedro, y seguir autos.

9. Con este poder presentò tambien vn testimonio dado por Lorenzo Jaymes, Escrivano publico de la Ciudad del Cuzco en 21. de Agosto de 1690. en que dà fee, que en dicho dia, como â las onze del dia viò al Capitan Don Pedro Barba de Gongora en la Plaza publica de el Regozijo de dicha Ciudad, y que le hablò, y estaba bueno, y sano, y en su enterò juyzio, y entendimiento natural, y que es de buena estatura, el cabello crespo, balbuciente, algo gangoso, y hombre mayor con canas; y està comprobado este testimonio con la firma de tres Escrivanos.

10. Despues en 7. de Octubre de 1698. se presentò otro poder del dicho Don Pedro, otorgado en el asien-

to, y minas de San Francisco de Caylloma de el Perù en 25. de Agosto de 1696. à el dicho Don Antonio, para el mismo efecto, que el antecedente, y vna fee de vida, dada por Juan Francisco de Loyola en dicho asiento, y minas en 26. del dicho mes de Agosto, en que certifica, que en el referido dia viò al dicho Don Pedro, le hablò, y estaba bueno, y que es vn hombre altò, rosado, ojos azules, y tartamudo.

11. Aunque por las Partes se alegò, que estos instrumentos eran supuestos, y se redarguyeron civilmente de falsos, como tambien se alegò lo mismo, en quanto à vna carta de 2. de Agosto de 1690. à el parecer escrita por el dicho Don Pedro Barba, en que le dize â el dicho Don Antonio, que le remite el referido poder, y fee de vida, no obstante, vistos los autos con la novedad de aver muerto ab intestato Doña Marina Barba sin dexar descendientes, se pronunciò sentencia de vista en 11. de Febrero de 1695. por la qual se revocò la del Corregidor de la Ciudad de Carmona, y se declarò pertenecer estos Vinculos à el dicho Don Pedro; y aunque se suplicò de esta sentencia por parte de Don Christoval Laso, por cuya muerte continuò la misma defensa en los autos D. Miguèl Laso, quien ofreciò justificar, que avia muerto sin succession legitima D. Pedro Barba, para cuyo efecto pidiò prueba, y se cõcediò con el termino ordinario, y vltramarino, depositando el dicho D. Miguèl en vn comprador de plata mil ducados de vellon para las costas, que se causassen à el dicho Don Pedro, y para la pena, que se impusiesse â la voluntàd de la Sala, en caso, que el dicho Don Miguèl no probasse, lo que alegaba, ê interim se le concediò à el dicho Don Pedro, y â su Apoderado en su nombre la administracion de dichos Mayorazgos, dando fianza depositaria, y de restituir los frutos, y rentas, que percibiesse, en caso de verificarse aver muerto el dicho Don Pedro, cuyo deposito se hizo, y se otorgò la fianza hasta en cantidad de quatro mil ducados: Despues en 8. de Agosto de 1698. se presentò pedimento de conformidad por parte de los dichos Don Pedro Barba, y Don Miguèl Laso, en que se confessò, que en los Galeones, que vinieron aquel año huvo noticias extrajudiciales, de que vivia el dicho

Don

Don Pedro, por lo qual se desistiò dicho Don Miguèl de la prueba vltramarina, y consintiò se chancelasse la fianza dada por el dicho Don Antonio Barba, quien consintiò se le entregassen â el dicho Don Miguèl los mil ducados, que avia depositado, los que con efecto se le mandaron entregar; y aviendose visto los autos, se confirmò la sentencia de vista en 12. de Diziembre de 1698.

12. Respecto de lo qual, no es preciso referir todo lo que consta de dichos autos, sino vnicamente lo que conduce â el presente litigio, y demanda, que se ha puesto por Don Antonio Laso, fundandose en la dilatada ausencia del dicho Don Pedro, crecida edad, que tuviera, si viviera, el transcurso del tiempo, que ha corrido despues de la Executoria, sin que aya escrito, ni aya avido noticias algunas del susodicho, y otras presumpciones, que persuaden su muerte, y que por consiguiente le toca â el dicho Don Antonio la administracion de estos Vinculos, como â immediato successor de ellos.

13. Para cuyo fin se debe tener presente, que por parte de D. Antonio Barba se presentò *fol.* 189. la fee de Baptismo de Don Pedro Barba, de la qual consta averse baptizado en 15. de Noviembre de 1631. y *fol.* 190. la de Don Enrique Barba, de quien dize aver sido hijo natural, en que se expressa averse baptizado en 25. de Agosto de 1640.

14. Por parte de Doña Marina Barba se articulò en aquellos autos, que avia muchos años, que el dicho Don Pedro saliò de la Villa de Marchena, de donde era natural, y se fue â los Reynos de las Indias, que avia muchos años, que el dicho Don Pedro no avia escrito â su Padre, y hermanos, y que avian corrido vozes publicas, que muriò en los Reynos de las Indias sin dexar hijos, ni descendientes legitimos.

15. Se examinaron *fol.* 294. tres testigos en la Ciudad de Carmona en 11. de Mayo de 1694. de los quales, los dos eran parientes de ambas Partes dentro del quarto grado, y el otro Mayordomo de la dicha Doña Marina; sus edades de 58. â mas de 62. años, y depuso el primero, que avia mas de 40. años, que Don Pedro Barba, su sobrino, saliò de la Villa de Marchena para los Reynos de las

In-

Indias, à donde fue con vn Tio suyo, que se llamaba Martin de Vega, y residia en dichos Reynos, y que lo sabia por averlo oìdo dezir à Don Fernando Barba de Gongora, Padre del dicho Don Pedro, y primo del testigo: El segundo dixo, que segun la cuenta, que tenia hecha, avia mas de 41. años, que se avia ausentado; y el tercero, que avia 43. poco mas, ò menos, y que assi lo avia oìdo dezir â el dicho Don Fernando Barba.

16. En quanto à no aver escrito el dicho Don Pedro, y vozes, que corrian de su muerte, depuso el primer testigo, que Don Fernando Barba, Padre del dicho Don Pedro, iba con frequencia à la Ciudad de Carmona, por estàr hazendado en ella, y que siempre se hospedaba en las casas de Don Geronymo Barba, Padre de el testigo; y que aviendo arribado la Flota en vna ocasion à los Puertos de estos Reynos, vino à esta Ciudad el dicho Don Fernando à solicitar cartas del dicho Don Pedro; y aviendo buelto à la de Carmona leyò el testigo vna carta de el dicho Martin de Vega, en que daba noticias à el dicho Don Fernando, como Don Pedro Barba, su hijo, se avia ausentado de la Provincia, donde residia, y que no tenia noticia de èl, lo que le parece à el testigo serìa por el año de 64. y que el siguiente en la Armada de Flota le escribiò otra carta â el dicho Don Fernando, en que le dezia aver hecho todas las diligencias possibles por descubrir à su sobrino, y que no avia tenido noticia alguna de èl, y tenia por cierto le huviesse sucedido algun mal successo en los desiertos de aquel Reyno, y que oyò dezir à el dicho Don Fernando, que tenia por muerto â el dicho Don Pedro, y lo mismo oyò dezir à Don Carlos, y à Don Enrique Barba; y que segun el conocimiento, que el testigo tiene, le parece impossible, que en tanto tiempo como de 30. años dexasse de escribir â sus Padres, y hermanos el dicho Don Pedro, siendo assi, que el dicho Don Carlos escribiò diferentes cartas, para que se hiziesse diligencia de el dicho Don Pedro, y no pudo conseguir noticia alguna, conque presume el testigo ser cierta la que participò el dicho Martin de Vega.

17. Contestan los otros dos testigos, y añade el tercero, que assi èl, como otras muchas personas, tienen

por

por cierto aver muerto el dicho Don Pedro sin dexar succession; porque si la huviera dexado, se correspondieran con el dicho Don Enrique Barba, y demàs parientes.

18. En este assumpto se hizo probanza por Don Antonio Barba en los autos antiguos; y à el *fol.* 313. se examinaron cinco testigos en la Villa de Marchena en 11. de Mayo de 1694. de los quales el segundo, y tercero eran parientes del dicho Don Antonio, à los demàs no tocan las generales; sus edades de 50. hasta 60. años, y depusieron, que avia avido noticias del dicho Don Pedro, lo que sabian por cartas, que avian visto.

19. Despues en 15. de Junio de 1695. consta â el *fol.* 437. averse hecho probanza por parte de Don Miguèl Laso con dos testigos, que se examinaron en esta Ciudad, de los quales el primero dixo, que desde el año de 87. hasta el de 89. estuvo en la Ciudad del Cuzco, y que no conociò, ni tuvo noticia del dicho Don Pedro; y que si viviera en dicha Ciudad, ô en sus contornos, lo conociera el testigo, pues no solo son conocidos los hombres de obligaciones, sino los que no lo son, como sea Español, respecto de ser corta aquella Ciudad, y que tampoco tuvo noticia del dicho Don Pedro en los Lugares, que ay desde la Ciudad de Lima à la de el Cuzco, en que ay 180. leguas de camino, ni de la del Cuzco â la del Potosì, donde ay 200. leguas, y otros muchos Lugares, en que estuvo el testigo.

20. El segundo depuso, que estuvo en el Reyno del Perù desde el año de 667. hasta el de 81. que bolviò â estos Reynos; y que aviendo assistido en la Ciudad del Cuzco mucho tiempo, y sido Corregidor de la Ciudad de Canas, y continuado todos aquellos parajes desde la dicha Ciudad del Cuzco hasta cerca del Potosì con mucho conocimiento de los que los habitaban, nunca conociò â el dicho D. Pedro, ni le oyò nombrar; y que si en aquel tiempo huviera assistido en la Ciudad del Cuzco, ô sus parajes, lo huviera conocido, porque son pocos los Españoles, y todos se conocen, y comunican.

21. Por parte de Don Antonio Laso se presentò â el *fol.* 627. *B.* vn testimonio, que diò Juan Montero de Es-

pinosa, Escrivano publico de esta Ciudad, en virtud de Provision compulsoria, y con citacion de Don Antonio Barba, del qual consta, que à pedimento del dicho Don Antonio Laso, y en virtud de auto proveìdo por Don Juan Geraldino, Teniente segundo, que fue, de esta Ciudad, se recibiò declaracion à Don Geronymo de Losada, vezino de la Ciudad del Cuzco, y residente, que estaba en esta, en 7. de Noviembre del año passado de 1719. quien dixo, que avia cerca de 30. años, que assistia, y moraba en la Ciudad del Cuzco, y en todo lo demàs del Reyno del Perù, y que avia seis años, que con su familia de muger, è hijos vivia, y tenia casa en dicha Ciudad, que avia casado con hija del Marquès de Moscoso, Governador, que fue, en diferentes Provincias de dicho Reyno, y que no avia visto, conocido, ni tenido noticia del dicho Don Pedro Barba; y que si el susodicho huviera vivido en la Ciudad del Cuzco, ô dexado hijos, tuviera noticia el testigo, por tenerla de todos los Españoles, que en ella han vivido de mucho tiempo à esta parte.

22. Aviendo venido despues à esta Ciudad D. Martin Toscano Blanco, vezino de la Villa Imperial, Reyno del Perù del Potosì, consta de dicho testimonio, que se le recibiò declaracion à pedimento del dicho Don Antonio Laso en 14. de Agosto de 1721. y depuso, que en el año passado de 1702 estuvo en la Ciudad de el Cuzco seis meses, poco mas, ò menos, tratando, y comerciando con los hombres de Comercio, y distincion de aquel paraje, y que desde entonces tiene amistad con el dicho Don Geronymo Losada, quien ha sido vezino de aquella Ciudad de 25. à 30. años, y que tiene por cierto, y sin duda, que quanto dixo en su declaracion el dicho Don Geronymo es cierto, y verdadero, por el mucho conocimiento, y comprehension, que tiene de todos los hombres de distincion, y Comercio de aquellos parajes, y que ni en el tiempo, que el testigo estuvo en dicha Ciudad, ni despues, hasta el año de 719. que saliò de el dicho Reyno, y Villa del Potosì, tuvo noticia, de que en dicha Ciudad, y Reyno huviesse tal Don Pedro Barba, lo que no podia ignorar el testigo por el mucho trato, y Comercio, que tenia.

Cons-

23. Consta tambien de dicho testimonio, que en 22. de Agosto de 1721. se recibiò declaracion en la Ciudad de Cordova en virtud de Requisitoria, que para ello se despachò à Don Rodrigo Venegas de Cordova, Cavallero del Orden de Santiago, y Mariscal de Campo de los Exercitos de su Magestad, quien dixo, que conocia muy bien à el dicho Don Geronymo de Losada, y le tratò en la Ciudad del Cuzco, donde el declarante estuvo por Governador, assi en las casas del Marquès de Moscoso, con cuya hija està casado el dicho Don Geronymo, como en las del dicho Don Rodrigo, y que era hombre de Comercio, y credito en aquella Ciudad, tenia correspondencia con el Corregidor del Potosì, y Capitan General del Tucuman, y era conocido en toda la costa, desde la Ciudad de Herequipa, hasta el Puerto del Callado, teniendolo en todas partes por tal hombre de credito, y que no tiene noticia de Don Pedro Barba.

24. Se abonaron estos tres testigos en el termino de prueba con otros ocho, que à el *fol.* 828. consta averse presentado por parte de Don Antonio Laso, y se examinaron en esta Ciudad, y contestan los quatro por noticias, y los otros quatro por aver hecho diferentes viages à los Reynos de las Indias, en que todos los Españoles, que assisten en la Ciudad del Cuzco, ô en qualquier Lugar, ô Ciudad de aquellos Reynos, en doscientas leguas en contorno son muy conocidos, y se tiene noticia de ellos, aunque no sean hombres de distincion, por ser suficiente para ser conocidos, el que sean Españoles, por cuyo motivo se persuaden, â que si Don Pedro Barba huviera estado en la Ciudad del Cuzco, ô sus contornos, lo huvieran conocido los dichos Don Geronymo de Losada, Don Martin Toscano Blanco, y Don Rodrigo Venegas de Cordova, cuyas declaraciones asseguran, que son verdaderas, y se les debe dar entera fee, y credito, lo que les consta por la experiencia, y conocimiento, que tuvieron de los susodichos.

25. Se pidiò tambien por parte de Don Antonio Laso, *fol.* 620. *B.* que Don Antonio Barba declarasse, si desde el año de 1698. avia tenido noticias, ò carta del dicho Don Pedro Barba; y que en caso, que dixesse, que si, expres-

pressasse el año, por mano de quien, en què Aviso, ò Embarcacion, y si tenia en su poder las cartas; si le constaba, que huviesse contraido matrimonio el dicho Don Pedro, con què persona, y si tenia succesion; si en el tiempo, que estaba administrando estos Mayorazgos, avia remitido la cuenta â el dicho Don Pedro: si avia sido juridica, ante què Escrivano: si avia tenido respuesta de averla recibido el dicho Don Pedro: si se la avia aprobado, y que si dixesse averla aprobado, y tenido respuesta, declarasse por mano de quien, y en que año: y que assimismo declarasse, què convenio huvo entre Don Miguèl Laso, Padre del dicho Don Antonio Laso, y el dicho Don Antonio Barba, para que se desistiesse el dicho Don Miguèl del seguimiento de los autos, consintiendo, que se le diesse la administracion à el dicho Don Antonio, y este en que percibiesse el dicho Don Miguèl los mil ducados, que avia depositado en la caxa de Morales?

26. Se le recibiò la declaracion â el dicho Don Antonio *fol.* 624. en 11. de Septiembre de 1724. y dixo, que tenia noticias, que vivia el dicho Don Pedro Barba, su Tio, en los Reynos de las Indias, por diferentes cartas, que tenia en su poder, que por no tener presente sus fechas, no podia dezir, de que tiempo eran, ni tampoco tenia presente, por mano de quien las recibiò, ni en què Navio, ò Embarcacion, pues lo que se acuerda es, que recibiò diferentes cartas del dicho Don Pedro por mano de Don Pedro Joseph Gaytan, Presbytero, Capellan Real, que era de la Sãta Iglesia de esta Ciudad, cuñado del declarante, y despues de aver recibido dichas cartas, las bolviò à entregar â el dicho su cuñado, por tener este conocimiento, y correspondencia en los Reynos de las Indias, y residir en esta Ciudad, desde donde con mas cercanìa se recibian, y respondian las cartas de dicho Don Pedro Barba, y que independiente de las referidas, pàran en poder de el declarante algunas cartas del dicho Don Pedro; pero por no tenerlas presentes, no se acuerda de sus fechas, y necessita de tiempo bastante para buscarlas, por estàr entre muchos papeles, que tiene de su casa, y hazienda; que no le consta, que aya contraido matrimonio el dicho Don Pedro, ni con què persona, si solo se acuerda, que en vna de las

tas, que recibiò, le encarga, cuyde de los bienes, y caudal de dichos Mayorazgos, que Dios serìa servido de traerlo â España â gozarlos, y que quando no, embiaria vn hijo suyo.

27. Declarò asimismo, que en el tiempo, que ha administrado estos Mayorazgos, no ha dado cuenta juridica, y que remitiò â el dicho Don Pedro por mano de Don Pedro Gaytan, su cuñado, diferentes porciones de frutos, que le pidiò; y que en quanto â el convenio, en virtud de que se desistiò Don Miguèl Laso del seguimiento de los autos, lo que sucediò fue, que el dicho Don Miguèl solicitò en esta Ciudad, que Don Pedro Gaytan, Apoderado, que era, del declarante, para el seguimiento de el pleyto, consintiesse, en que le restituyessen los mil ducados depositados, y que con efecto condescendiò en ello el dicho Don Pedro; â lo qual diò motivo aver venido segundos poderes de D. Pedro Barba para el declarante; los que se presentaron en los autos, y en su vista se desistiò el dicho D. Miguèl, y que no tiene mas poder, ni fee de vida del dicho D. Pedro Barba, que los que estàn presentados en los autos; y aviendosele notificado presentasse las cartas, que dezia tener del dicho Don Pedro, dixo, que no tenia obligacion alguna â presẽtarlas, respecto de que Don Antonio Laso debia justificar la muerte, y falta de sucession del dicho Don Pedro.

28. Con el motivo de aver procedido en esta declaracion Don Antonio Barba con alguna variedad, se pidiò por parte de Don Antonio Laso, que se le recibiesse segunda declaracion à el tenor de los Capitulos siguientes:

29. Primeramente, què especie de frutos fue la que dize aver remitido â Don Pedro Barba por mano de Don Pedro Gaytan, su cuñado, en què año, en què Navio, â cargo de quien iba este, y què motivo ha tenido para no aver dado cuenta â el dicho Don Pedro, de quien ha sido vn mero Administrador: Si ha hecho apuntacion de los frutos, que ha percebido de dichos Mayorazgos, y gastos de su beneficio, y que declarando tenerla, se le notificasse la presentasse; y si la ha remitido â el dicho Don Pedro, y este le embiò la aprobacion, la presente tambien.

D Item,

30. Item, como saliò â el principio de estos autos el dicho Don Antonio pidiendo la possessión de dichos Mayorazgos, como hijo natural de Don Enrique Barba; si le constaba, que estaba vivo el dicho D. Pedro Barba, quien era hermano mayor del dicho Don Enrique? Y como tocandole â el dicho Don Pedro, como â hijo mayor de Don Fernando Barba, los Mayorazgos, que vacaron por fin, y muerte del susodicho, tomò la possession de ellos el dicho Don Enrique, hijo menor, y por muerte de este, los ha gozado el dicho Don Antonio?

31. Item, en què año recibiò los poderes, y fees de vida, que presentò en estos autos, en què Navio, ô Armada vinieron, y â cargo de quien? y en què año recibiò Don Fernando Barba la carta, que el dicho Don Antonio presentò en estos Autos à el *fol.* 345. à el parecer escrita por el dicho Don Pedro, en què Navio vino, por mano de quien la recibiò, y como la adquiriò el dicho Don Antonio para presentarla en estos autos?

32. Declarò con efecto el dicho Don Antonio *fol.* 657. *B.* y â el primer capitulo dixo, que fueron 2U- arrobas de azeyte las que le embiò â el dicho Don Pedro Barba por mano de Don Pedro Gaytan, y que no se acuerda, en què año, ni en què Navio, ni â cargo de quien, porque corriò por mano de su cuñado, de quien tenia entera satisfaccion, y quien haria la remission con toda seguridad, por cuyo motivo nunca le pidiò razon alguna para poderla aora declarar; y que no ha tenido, â quien darle cuenta de la administracion, por ser su Tio Don Pedro Barba el vnico dueño de los Mayorazgos, y averle escrito diferentes cartas, diciendole, que gozasse, y mirasse por dichos bienes, interim, que èl, ò su hijo venian â España, y que por esta razon no ha tenido cuenta mas, que la que le ha dado por cartas â el dicho su Tio, por lo qual no ha necessitado de apuntacion; y que la carta, respuesta, que recibiò sobre este assumpto por mano del dicho Don Pedro Gaytan, su cuñado, se la bolviò â remitir, por ser el susodicho quien tenia el Comercio, y correspondencia con el dicho Don Pedro Barba, y por la immediacion â los Puertos, y vivir el declarante la tierra adentro.

33. A el segundo capitulo dixo, que es verdad, que sa-

faliò à estos autos como hijo natural de D. Enrique Barba, â quien le tocaba legitimamẽte la succeſsion de estos Vinculos, por ser descendiente legitimo de Gracia de Escamilla, expressamente llamada en las fundaciones, y que aunque tenia presente vivia el dicho Don Pedro Barba, no obstante, por averse passado algunos años sin tener carta de èl, hizo por sì la oposicion, respecto de tocarle, como à tal descendiente de la dicha Gracia de Escamilla, y despues aviendo tenido cartas, y poderes del dicho su Tio, saliò à los autos en su nombre, y los siguiò, hasta que se declarò tocarle la succeſsion de estos Vinculos: que no se acuerda, qual de los dos hermanos era el mayor, que de sus fees de Baptismo constarà: lo que si sabe, que el dicho su Padre fue Posseedor, mientras viviò, de estos Mayorazgos, y por su muerte tocò la succeſsion à el declarante, y es Posseedor de ellos en virtud de Executoria de la Real Chancilleria de Granada.

34. A el tercero dixo, que no sabe todo lo contenido en dicho capitulo, para poderlo declarar con las individualidades, que se expressan en la pregunta, por quanto la correspondencia del declarante con el dicho su Tio corriò à cargo del dicho Don Pedro Gaytan, quien pudiera dezir con extension en este particular, y que solo se acuerda, que el pliego, en que vinieron los poderes, vino con sobreescrito à Doña Catalina Barba de Gongora, Religiosa, que era, en el Convento de la Concepcion de la Ciudad de Carmona, quien llamò à el declarante, y le entregò los poderes; para que vsasse de ellos, como con efecto ha vsado.

35. Y en quanto à la carta dixo, que la letra, y firma es del dicho Don Pedro, y que su Padre, y Abuelo la tenian entre sus papeles; y q̃ aviendo nacido el declarante el año de 65. y siendo la fecha de la carta de 10. de Junio de 666. no puede saber lo que contiene la pregunta, y el conocer la letra, y firma, es por el conocimiento, que tiene, mediante la comunicacion, que ha tenido por escrito con el dicho su Tio.

36. Conduce para exclusion de lo que ha declarado el dicho Don Antonio Barba, en quanto à la remiſsion de azeyte, la probanza, que se ha hecho por Don Antonio

La-

Laſo con ocho teſtigos, que ſe examinaron en eſta Ciudad deſde el *fol.* 828. quienes à la quarta pregunta de el interrogatorio conteſtan, en que à la Ciudad del Cuzco, y ſus contornos, ni à los ſitios, donde eſtàn las minas de San Franciſco de Caylloma, no ſe conducen, ni jamàs ſe han conducido azeytes deſde los Reynos de Eſpaña, por el mucho coſto, que tiene ſu conducion, y averlos en aquellos parajes quaſi à los miſmos precios, que en Eſpaña, lo que ſaben los teſtigos, los quatro por noticias, y los otros quatro por aver hecho diferentes viages à aquellos Reynos.

37. Aunque por Don Antonio Barba ſe ha alegado, que vive Don Pedro Barba, no ha hecho probanza alguna en eſte particular, ni ha preſentado las cartas, que declarò aver tenido, ſin embargo, de que ſe le notificò las preſentaſſe, ni conſta de los autos, que aya avido noticia alguna del dicho Don Pedro deſde el año de 698. en que huvo la Executoria declarandole por legitimo ſucceſſor.

38. Eſto es lo que reſulta de los autos, y que ſe debe tener preſente para la muerte preſumpta de Don Pedro Barba, que ha dado motivo à la demanda intentada por Don Antonio Laſo, ſobre que ſe le conceda la adminiſtracion de eſtos Vinculos; y reſpecto de que eſta ſe debe conceder à el immediato ſucceſſor, es preciſa la relacion de la juſtificacion, que ay en los autos del parenteſco, que ſupone tener Don Antonio Barba con el Fundador, ſin que nos detengamos en referir todos los inſtrumentos, y probanzas, que perſuaden el parenteſco, que tiene Don Antonio Laſo, pues no ay duda, en que Don Chriſtoval Laſo, ſu Tio, juſtificò duplicidad de parenteſco, y que fue quinto nieto por dos lineas de Juan de Marchena Eſcamilla Bazàn, y de Antonio de Marchena Bazàn, hermanos, que fueron, del Fundador, y de la probanza, que ha hecho el dicho Don Antonio Laſo, reſulta, que es hijo legitimo de Don Miguèl Laſo de la Vega y Barba, hermano, que fue, del dicho Don Chriſtoval, y de Doña Leonor de Porres y Montemayor, ſu legitima muger; conque por las miſmas lineas es el dicho Don Antonio ſexto nieto de hermanos del Fundador, ſin que por parte de D. Antonio Barba ſe aya opueſto reparo alguno à eſte parenteſco.

Para

39. Para justificar el dicho Don Antonio Barba, que es hijo natural de Don Enrique Barba, presentò en los autos antiguos *fol.* 106. vn testimonio dado por Alonso Nuñez Parrilla, Escrivano publico de la Ciudad de Carmona, del qual consta averse seguido autos ante la Justicia de dicha Ciudad sobre el Patronato, que en el Convento de la Concepcion de ella fundò Christoval de Baeza Barba, el Vinculo, que fundò Francisco de Cabrera, Presbytero, el que fundò Doña Juana Barba, muger de Pedro de Vilches Barba, y el que fundaron Juan Barba de Baeza, y Juana de Vilches, su muger, que vacaron por muerte de Don Enrique Barba de Gongora, y en dichos autos litigaron sobre la possession de estos Vinculos, y Patronato el dicho Don Antonio Barba, como hijo natural, que dixo ser del dicho Don Enrique, Don Martin Barba de la Milla, y Don Christoval Laso de la Vega, y se expressa en el testimonio, que huvo Executoria de la Real Chancilleria de Granada, que està protocolada en el registro de escrituras publicas del oficio de dicho Escrivano, por la qual se mandò dàr la possession de dichos Vinculos, y Patronato â el dicho Don Antonio Barba, y que el susodicho ofreciò informacion à el tenor de diferentes Capitulos.

40. En los quales articulò, que es hijo natural de D. Enrique Barba de Gongora, y lo huvo en vna muger principal, y ambos eran libres, solteros, y habiles para contraer matrimonio, y que como à tal su hijo lo criò, y alimentò, y tratò, teniendolo en su casa; y que el dicho Don Enrique Barba, su Padre, fue hijo legitimo de legitimo matrimonio de Don Fernando Barba, y Doña Blasina Cataño de Gongora, su legitima muger.

41. Que el dicho Don Fernando Barba, su Abuelo, fue hijo legitimo de Don Christoval Barba, y Doña Catalina de Vega, su legitima muger, y el dicho Don Christoval fue hijo legitimo de Pedro de Vilches Barba, y de Doña Juana Barba de Cabrera; y que el dicho Pedro de Vilches Barba, tercero Abuelo del dicho Don Antonio, fue nieto de Juan Barba de Baeza, y de Juana de Vilches, Fundadores de dichos Vinculos; y que por aver faltado la succession de Christoval Barba de Baeza, primer llama-

do, recayeron en los descendientes de el dicho Pedro de Vilches, que fue el segundo llamado.

42. Se hizo informacion en la Villa de Marchena à el tenor de estos Capitulos por Septiembre del año passado de 1684. con tres testigos, vno de edad de mas de 30. años, otro de 50. y otro de 72. que depusieron el contenido de ellos, por aver conocido à el dicho Don Enrique, y à la muger principal, en quien tuvo por hijo à el dicho Don Antonio, y en las demàs preguntas de oìdas à sus mayores, y mas ancianos, y por aver visto diferentes instrumentos.

43. Esta informacion, segun parece de dicho testimonio, se presentò en los autos, que se seguian en la Ciudad de Carmona sobre la succession de dichos Vinculos, y Patronato; y aviendose recebido à prueba dichos autos, se articulò por parte de el dicho Don Antonio el mismo parentesco, que queda referido en la informacion, con la diferencia, de que en ella no expressò, quien era su Madre, y despues afirma en la segunda pregunta, que fue Doña Monica de Vargas Machuca, y añadiò otras diferentes preguntas; y en la octava, y vndezima de ellas articulò, que por no excluir los dichos Vinculos à los hijos naturales, le tocaban, y pertenecian à el dicho Don Antonio, como hijo natural del dicho Don Enrique, y de la dicha Doña Monica, y assi cõsta de los *folios* 119.*B.y* 120.

44. Examinaronse seis testigos, como consta de dicho testimonio *fol.* 123. en la Villa de Marchena, en virtud de Requisitoria, que para ello se despachò, de los quales, à los dos les tocan las generales, y depusieron el contenido de las preguntas, abonaron à los de la informacion antecedente, y despues se ratificaron en el termino de prueba en los autos antiguos, que se siguieron sobre la possession de los Mayorazgos fundados por Pedro de Marchena, y sus Agregados; y à el *fol.* 336. de dichos autos consta averse hecho probanza por el dicho Don Antonio con cinco testigos, examinados en la Villa de Marchena, que solo à vno tocan las generales por ser pariente del dicho Don Antonio, y afirman, que es hijo natural de Don Enrique Barba, y Doña Monica de Vargas Machuca, à quienes trataron, y conocieron.

Pre-

45. Presentò tambien el dicho Don Antonio *fol.* 49. el testamento de Doña Gracia Escamilla, del qual consta, que del matrimonio, que contraxo con Christoval de Baeza, tuvo por sus hijos legitimos à Pedro de Vilches Barba, y Don Christoval Barba; y à el *fol.* 70. vna escritura otorgada en 15. de Marzo de 1679. por Don Enrique Barba de Gongora, en que dize, que por muerte de el Licenciado Don Francisco Cataño de Gongora, Presbytero, su Tio, avia vacado el Patronato, que fundò Garcia Nuñez de Prado y Cañete, y que le tocaba el ser Patrono de dicho Patronato; y que para que huviesse persona legitima descendiente de sus Abuelos, y Bisabuelos, que lo posseyesse, nombraba por successor del dicho Patronato à Don Antonio Barba de Gongora, su hijo naturàl.

46. Asimismo presentò â el *fol.* 191. vn testimonio dado por Juan Antonio Ximenez de Aguilar, Escrivano publico de la Villa de Marchena, en que dà fee, que en 15. de Marzo de 1692. exhibiò ante èl D. Antonio Barba vna copia de testamento, à el parecer autorizada de Juan de Vega Baldivia, Escrivano publico, que fue, de dicha Villa, y que parece averse otorgado ante dicho Escrivano en 18. de Abril de 1667. por Don Carlos, y Don Enrique Barba y Gongora, en nombre de Don Fernando Barba y Mendoza, su Padre, y en virtud de el poder, que les otorgò en 19. de Noviembre de 1666. en que instituye por sus herederos à los dichos Don Carlos, Don Enrique, y Don Pedro Barba, en cuya conformidad hizieron el mismo nombramiento en el testamento los dichos Don Carlos, y Don Enrique.



47. Y à el *fol.* 740. presentò el dicho D. Antonio Barba vn testimonio dado por Alonso Nuñez Parrilla, Escrivano publico de la Ciudad de Carmona, en q̃ se haze relacion de los autos, de que se diò el testimonio, que queda referido à el *num.* 39. y se inserta la sentencia de revista, que en el año de 690. se pronunciò por la Real Chancilleria de Granada, por la qual se mandò dàr la possession de los Vinculos, y Patronato fundado en el Convento de la Concepcion à el dicho Don Antonio, el qual testimonio se cotejò por Juan Nuñez Parrilla, Escrivano publico de dicha Ciudad, con el Protocolo de escrituras publi-

blicas, otorgadas en el año 691. ante el dicho Alonso Nuñez Parrilla, y dize, que es cierto su contenido, y averse protocolado la dicha Real Executoria ante dicho Escrivano, como assi consta à el *fol.* 739.

48. Por Don Antonio Laso se presentò à el *fol.* 664. vn testimonio, que diò Don Lorenzo Estacio Cardero, Notario Mayor de el oficio de Apelaciones, de el qual consta averse seguido autos sobre el derecho de la Capellania, que en la Iglesia Parroquial del Señor San Blàs de la Ciudad de Carmona fundò Andrès Martin Castellanos, y estaba vacante por muerte de Don Francisco de Arenas, su vltimo Capellan, los que tuvieron principio en 24. de Marzo 1705. y en que fueron opositores el dicho Don Antonio Barba, como Padre, y legitimo Administrador de Don Enrique Barba, su hijo; Don Gaspar Bonifaz Ponze de Leon, como Padre, y legitimo Administrador de Don Pedro Bonifaz, y otros diferentes, pretendiendola todos, como parientes del Fundador; y aviendose recebido el pleyto à prueba en la primera instancia, presentò interrogatorio el dicho Don Antonio Barba, y à la tercera pregunta articulò, que era hijo de Don Enrique Barba, sin explicar, si legitimo, ô natural, ni expressar su Madre; y aviendose dado comission à el Vicario de la Ciudad de Carmona para el examen de los testigos, depusieron contestes siete, sin explicar tampoco, si era legitimo, ô natural, ni hazer expression de su Madre.

49. Consta tambien de este testimonio, que por parte de el dicho Don Gaspar Bonifaz se presentò vna certificacion dada por el Licenciado Pedro de Santa Olalla, Cura de la Parroquial de Señor San Sebastian de la Villa de Marchena, quien dize, que en el libro de Baptismos, que està en el Archivo de dicha Iglesia, se contiene vn capitulo del tenor siguiente:

50. *En la Villa de Marchena, Lunes veinte y tres de Noviembre de mil seiscientos y sesenta y cinco años, yo el Licenciado Thomâs de Benjumea, Cura de las Iglesias de esta Villa, en la del Sr. San Sebastian de ella, catequizè, exorcicè, puse Oleo, y Chrisma en la forma de la Iglesia à Antonio Luis, hijo de la Iglesia; digo, de Don Enrique Barba, aviendo recibido agua, por necessidad, de mano del Licenciado Don Luis de Monzòn è Hinestrosa,*

à

à quien examinè, y hallè aver guardado la debida materia, y forma de la Iglesia, conque hizo verdadero Sacramento, fue Padrino de catecismo el Licenciado Simon Romero de Rueda, à quien adverti el impedimento impediente, y lo firmè, vt suprà. Emmendado de Don Enrique Barba. vale. Licenciado Thomàs de Benjumea.

51. Y el concuerda està en esta forma: *Concuerda con dicho Capitulo, que està en dicho libro, à que me refiero. Y assimismo certifico, que lo emmendado, que dixe, que està salvado abaxo de dicho Capitulo; donde dixe de Don Enrique Barba, no es, ni està emmendado en dicho Capitulo, sino entre renglon, y dixe; digo de Don Enrique Barba; y para que conste en virtud de mandamiento de la otra parte, despachado por el señor Provisor de la Ciudad de Sevilla, doy el presente en Marchena en 31. dias del mes de Julio de 1705. y lo firmè. Licenciado Pedro de Santa Olalla.*

52. Acompaña â esta certificacion vn testimonio dado en el mismo dia por Juan de Perea Guillen, Notario, quien dize se hallò presente â ver sacar dicha fee, y que la letra, y firma es de vna misma mano, y lo entre renglonado, que es, *digo de D. Enrique Barba*, no parece ser de la misma mano, y letra, como assimismo lo sacado abaxo por testadura, no solo en la letra, sino tambien en la tinta, conque se escriviò.

53. Con esta certificacion se alegò por el dicho Don Gaspar Bonifaz, como consta por el referido testimonio, que el dicho Don Antonio Barba no era hijo de Don Enrique Barba, y que era suposicion notoria el aver puesto en la fee de Baptismo las palabras, *digo de Don Enrique Barba*; pues si las huviera puesto el Cura, avia de ser prosiguiendo el renglon, despues de la palabra *Iglesia*, que esso quiere dezir la palabra *digo*, y no fueran de distinta mano, letra, y tinta, como lo son, y assimismo se alegò por parte de dicho Don Gaspar, que era supuesta la escritura otorgada ante Joseph de Figueredo, Escrivano publico de la Villa de Marchena, en que Don Enrique Barba, como Patrono, que dixo ser del Patronato, que fundò Garcia Nuñez de Prado, nombrò en dicho Patronato â el dicho Don Antonio Barba, diciendo ser su hijo natural; y estando conclusos los autos, se pronunciò sentencia en 18.

de Febrero de 1706. por el Doctor Don Juan de Monroy, Provisor, y Vicario General, que fue, de este Arzobispado, en que declarò tocar la Capellania â Don Pedro Bonifaz, como â septimo nieto de legitimo matrimonio de Maria Fernandez, hermana del Fundador, de la qual sentencia se apelò por Don Antonio Barba; y aviendo conocido en segunda instancia el Doctor Don Pedro Luis de Villadiego, Canonigo Doctoral, que fue, de la Santa Iglesia de esta Ciudad, en virtud de letras del Ilustrissimo Señor Nuncio de estos Reynos, confirmò la referida sentencia.

54. Por parte del dicho Don Antonio Barba se presentò tambien â el fol. 698. testimonio de los referidos autos, que se siguieron sobre la colacion de la Capellania, en que se haze relacion de la escritura del nombramiento en el Patronato, que â favor de dicho Don Antonio otorgò el dicho Don Enrique Barba, y como por Don Gaspar Bonifaz se pidiò, que el Escrivano, que avia sucedido en el oficio de Joseph de Figueredo, ante quien se dezia averse otorgado dicha escritura, manifestasse el registro, donde estaba; y aviendose hecho esta diligencia, y llevadose ante el Provisor vn registro, Protocolo de escrituras, que se otorgaron ante el dicho Joseph de Figueredo en el año passado de 1679. se reconociò, que â el *fol.* 300. estaba vna escritura de nombramiento, y cotejada con el traslado, que se avia presentado en los autos, se hallò no tener vicio alguno; y aviendose hecho segundo cotejo â pedimento de Don Gaspar Bonifaz del registro, en que està dicha escritura, con otro registro de instrumentos publicos, que paraban en poder de Joseph Ruiz Bravo, Escrivano publico de la Ciudad de Carmona, en que avia diferentes firmas del dicho Don Enrique, declararon dos Maestros de primeras letras, y dos Escrivanos de esta Ciudad, que eran parecidas las firmas, aunque escritas con distintas plumas, y notaron, que el dicho Don Enrique vnas vezes ponia *H.* y otras no, y que la rubrica del registro no se percibe tan clara, como las demàs, por estàr desvanecida la tinta.

55. Y tambien consta de dicho testimonio, que en dichos autos de la Capellania se presentò por el dicho

Don

Don Antonio Barba testimonio, que diò Manuel Serrano de Toledo, Escrivano publico de la Villa de Marchena, en que se expressa averse seguido autos ante la Justicia de ella por el año passado de 1684. sobre el ab intestato de dicho Don Enrique Barba, â los quales saliò el Convento de la Concepcion de la Ciudad de Carmona, en que era Religiosa Doña Catalina Barba, pretendiendo la herencia, lo que se contradixo por Geronymo Ruiz Arias, defensor nombrado por Don Pedro Barba, ausente, y en vista de los autos se le mandò dàr la administracion à el Convento, interim, que se decidian las pretensiones deducidas, assi por el dicho Don Pedro, como por Don Antonio Barba, quien diò informacion de ser hijo natural de Don Enrique Barba, y habil, y suficiente para administrar dichos bienes; y por auto proveìdo en 16. de Marzo de 1685. por Don Pedro Saavedra y Alarcon, Alcalde Ordinario de dicha Villa, se declarò â el dicho Don Antonio por hijo natural del dicho Don Enrique, y por habil, y suficiente para administrar sus bienes; y despues aviendose seguido los autos sobre lo principal, se pronunciò sentencia por el Licenciado Don Pablo Ponze Pulido, Assistente de dicha Villa, en que declarò â el dicho Don Antonio por hijo natural de dicho Don Enrique, sin embargo de la contradiccion hecha por las partes, y deberle tocar la sexta parte de los bienes del dicho su Padre, la qual sentencia se declarò por passada en autoridad de cosa juzgada.

56. Don Antonio Laso presentò *fol.* 733. vna certificacion de Don Antonio Sanchez de la Cruz, Cura de la Parroquial del Sagrario de esta Ciudad, de la qual consta, que en 18. de Marzo de 1693. se desposò Don Antonio Barba Bazàn y Gongora, hijo de Don Enrique Barba, y en su nombre, y en virtud de su poder Don Gaspar de la Cueva y Davila, Cavallero de el Orden de Santiago, con Doña Francisca Juana Gaytan de Castro y Cueva, natural de Xerez de la Frontera, ê hija de Don Pedro Gaytan de Truxillo, y de Doña Geronyma de Castro y Cueva; y â el *fol.* 734. presentò testimonio de Ignacio Marques de Guevara, Escrivano publico de esta Ciudad, por el qual se justifica, que ante Joseph Lopez Albarràn, Escrivano publi-

blico, que fuè, de esta Ciudad, en 28. de Febrero de dicho año de 1693. el dicho Don Antonio Barba, hijo legitimo, que dixo ser de Don Enrique Barba, y Doña Monica de Vargas, otorgò su poder â el dicho Don Gaspar de la Cueva y Davila, para que en su nombre se desposasse por palabras de presente con la dicha Doña Francisca Juana Gaytan y Cueva.

57. Assimismo se hizo probanza en la Ciudad de Carmona por parte de Don Antonio Laso con quatro testigos, que contestan desde el *fol.* 776. en que Don Antonio Barba, en el tiempo, que ha administrado estos Mayorazgos, no ha beneficiado los olivares, ni reparado las fincas; y que si llegásse el caso, de q̃ se le pidiesse cuenta de la administracion, no pudiera satisfacer, ni aun la decima parte de su importe, por no tener bienes libres, ni caudal conocido; lo contrario deponen catorce testigos, que â el *fol.* 789. consta averse examinado en dicha Ciudad, en la probanza, que en este particular hizo el dicho Don Antonio Barba, y refieren varias obras, que ha hecho el susodicho, y el cuydado, y solicitud, conque ha procedido en su administracion.

58. Para reconocer el estado de las fincas, se despachò provision de la Sala â las Justicias de dicha Ciudad; y aviendose nombrado por estas Maestros Alarifes, Carpinteros, y Veedores del Campo para dicho efecto, se hizieron las visitas, que empiezan desde el *fol.* 767. de las quales resulta estàr amenazando ruìna algunas casas, otras tener diferentes quartos inhabitables, y todas necessitar de muchos reparos; de suerte, que para ponerlas corrientes es preciso impender en ellas 50U930. reales; y por lo que toca â los olivares, que estàn por arar, y con muchas marras, cuya falta de beneficios se regulò, y apreciò en 2U316. reales de vellon.

59. Presupuesto el referido Hecho, passèmos â examinar las questiones de Derecho, y para proceder con claridad, se dividirà este Informe en tres controversias, y estas se subdividiràn en diferentes capitulos: *Nam partitio* (*vt ait Glossa in proëmio institut.* §. *Igitur. verb. Easdem institutiones.*) *animum legentis incitat, mentem intelligentis præparat, memoriam artificiosè reformat.* En la primer contro-

ver-

versia se fundarà, que se debe conceder la administracion de estos Vinculos con fianza â el immediato successor: En la segunda, que D. Antonio Barba no ha justificado ser hijo natural de D. Enrique Barba, y de Doña Monica de Vargas: Y en la tercera, que aunque el dicho Don Antonio fuesse hijo natural del dicho Don Enrique, no tiene derecho para succeder en estos Vinculos, y que el immediato successor es Don Antonio Laso, â quien se le debe encargar la administracion.

CONTROVERSIA I.

DISPVTASE, SI SE DEBE CONCEDER LA administracion de estos Vinculos à el immediato successor.

CAPITVLO PRIMERO.

SE ESTABLECE LA CONCLVSION AFIRMATIVA.

60. ES ARREGLADO A LA DISPOSICION de Derecho, que quando vno està ausente por dilatado tiempo, y se ignora, si està vivo, ô muerto, se debe conceder la administracion con fianza de los bienes libres à los parientes mas immediatos, que, ò *ab intestato, vel ex testamento,* deben succeder en ellos, vt patet argumento *text. in leg.* 1. §. 1. *ff. Ad Tertylianum. leg.* 1. *ff. de bonor. possess. furios. leg.* 3. *C. de captiv. & postlimin. revers. leg.* 4. *tit.* 29. *part.* 2. *glos. final. ad finem in leg. Cùm cognatos. C. de postlimin. revers. & glos. in leg. Ab hostibus. verb. Si. ff. Ex quibus caus. maior.* D. Gregorius Lopez *leg.* 12. *tit.* 2. *part.* 3. *glos.* 1. *& in leg.* 14. *tit.* 14. *part.* 3. *glos. verbo: Abonda, que prueben.* Pegas *ad ord. Reg. Port. lib.* 1. *tit.* 50. *cap.* 8. *num.* 225. Valasco *alleg.* 79. *num.* 5. D. Vela *disertat.* 49. *num.* 68. Lara *de anniverf. lib.* 1. *cap.* 22. *num.* 16. D. Salgad. *in labyrinth.* 1. *part. cap.* 8. *num.* 49. Parladorio *quotid. lib.* 3. *quæst.* 2. Gutierrez *de tutel.* 3. *part. cap.* 17. *num.* 3. & Roxas *de incompatib. part.* 6. *cap.* 3. *num.* 15.

61. Y de tal calidad tiene accion el pariente mas immediato, para la administracion de los bienes del ausente, que aunque puede nombrar Apoderado, que en su nombre administre, no obstante, no le es permitido en

perjuyzio del siguiente en grado ceder el derecho, que tiene, ni celebrar transaccion â favor de vn estraño, ò de pariente mas remoto, como assi lo siente D. Olea *de cess. iur. tit. 3. quæst. 2. num.* 16. y Valeron *de transact. tit. 4. quæst. 2. num. 90.*

62. El mismo derecho para pedir la administracion tienen los immediatos successores de los Vinculos, y Mayorazgos, quando los Posseedores estàn ausentes en tierras remotas, y se ignora, si estàn vivos, ò muertos, Pegas *præ dict. tit.* 50. *cap. 9. num.*226. Roxas, *vbi supr. num.* 16. y su Addiccionador Don Fernando del Aguila *num.* 2. 3. *y* 4. cuya doctrina, con otros muchos, que refiere, procede generalmente en qualquier caso, en que, ò por demencia, ausencia del Posseedor, ò por otro motivo se deba conceder la administracion.

63. Y aunque esta parece, que se le debia conceder à los herederos del ausente, à quienes tocan, y pertenecen los frutos, que procedieren de las fincas del Mayorazgo, interin, que vive el Posseedor ausente, no obstante, atendiendo à la mayor solicitud, y cuydado, que tendrà el immediato successor en conservar los bienes del Mayorazgo, se le debe encargar â este la administracion, y no â los herederos, de cuyo dictamen son Pegas *dict. cap. 9. num.* 227. y Roxas *præcit. cap. num.* 17. ibi: *Attamen ex eo, quòd præsumendum est, maiorem curam, & solicitudinem circa conservationem, & augmentum bonorum Maioratus adhibiturum immediatum successorem, quàm hæredem in bonis liberis absentis, qui hæres, in bonis Maioratus successurus non est, ideo consultiùs videtur, vt administratio bonorum Maioratus immediatis successoribus eiusdem committatur.*

64. Persuade este concepto la razon formal, que ay para cōceder la administracion, quando el posseedor està ausente, pues no es otra, sino la presumpcion de que ha muerto, fundada en el transcurso del tiempo, que ha estado ausente, sin aver escrito, ni solicitar por medio alguno de la conservacion de los bienes del Mayorazgo, ni de la distribucion de los frutos, de que se reconoce, que fundandose la administracion en esta muerte presumpta, no se le debe encargar â los herederos, sino â el immediato successor, que es el que ha de succeder despues de la muer-

te

te de el ausente: medio, de que se valen para fundar su resolucion Roxas *vbi supr. num.* 18. Pegas *citat. cap.* 9. *num.* 228. y Lara *prædict. cap.* 22. *num.* 17. donde afirma averse executoriado este punto en la Real Chancilleria de Valladolid, ibi: *Si tamen absente possessore Maioratus, concurrant ad petendam administrationem proximior cognatus, non tamen successor, & successor, præfertur successor, ad quem bona maioratus, quæ sunt administranda, perventura sunt, & cuius interest bona conservari, & quia ad eum pertinent fructus, casu quo possessor mortuus sit, & sic audivi pronuntiatum in Pinciana Chancellaria.*

65. Y para que no quedasse duda alguna en quanto â el tiempo, que debe durar la ausencia, para que se conceda la administracion à el immediato successor, explicaron este punto Roxas en el lugar citado *num.* 19. y 20. y Pegas *dict. cap.* 9. *num.* 229. y 230. en que proceden con distincion, pues dizen, que si el tiempo de la ausencia es corto, *verbigratia*, como de cinco años, no se presume la muerte del posseedor ausente, y se le debe encargar la administracion â el pariente mas immediato, que le ha de succeder en los bienes libres ab intestato, ô ex testamento; pero que si el tiempo de la ausencia es dilatado, y con especialidad, si concurren presumpciones, ô congeturas probables, que persuadan la muerte de el posseedor, se le debe conceder la administracion â el immediato successor.

66. Las congeturas, y presumpciones, que son suficientes para esta muerte presumpta, despues de los cinco años de ausencia, previno Roxas *prædicto num.* 20. vbi ait: *Veluti si post quinquennalem absentiam concurrat, quòd tempore, quo abesse cœperit, iam erat senectute affectus, vel laborabat periculosa infirmitate, vel valdè debilis erat naturæ, vel suscepit navigationem in mari, vel ad bellum profectus est, vel quia licèt diligenter perquiratur de absente, nullibi reperiatur.* y con las mismas palabras se explica Pegas *præcitat. num.* 230. con otros muchos, que con extension refiere.

67. La edad crecida de mas de 60. ò 70. años, que es lo que regularmente viven los hombres en estos tiempos, es otra presumpcion tambien legitima, para presumir la muerte de el ausente, como afirman Menochio *lib.* 6. *præsumpt.* 49. *num.* 28. *in fine*, Pegas *prædicto cap.*

9.

9. *num.* 233. Roxas *vbi supr. num.* 21. y otros, que refiere su Addicionador.

68. Y què numero de años se requiere, y debe correr despues de la ausencia, para que esta se considere por dilatada, y se presuma la muerte del ausente? Basta vnicamente el transcurso de diez años, sin que aya noticias algunas del ausente, para que se le conceda la administracion à el immediato successor, vt ita tenent Pegas *dict. cap. 9. num.* 234. Roxas *vbi supr. num.* 22. y su Addicionador Don Fernando del Aguila *num.* 11. vbi hæc protulit verba: *Dum enim certò non constat de morte absentis, transactis decem annis mortuum præsumimus, & ab eo tempore, proximior, veluti delata successione in administrationem admittitur.* y poco antes hablando *num.* 8. del testamento, que otorgò el ausente antes de ausentarse, dixo: *Et ad hoc observa, quòd si absens diu sit, decennio scilicet, cùm mortuus præsumatur, testamentum aperitur, reditu non ampliùs expectato*: à que assiente Alvarez Pegas *ad ord. Reg. Port. tit.* 62. *glos.* 45. *num.* 7. *vers. Hinc illa.*

69. No se conforma con esta regulacion de años Escobar *de ratiocin.* quien dixo en el *cap.* 6. *num.* 49. *y* 53. que aviendo passado veinte años, sin que huviesse noticias algunas del ausente, se presumia muerto, y se debia conceder la administracion â el pariente mas immediato; pero lo impugna Roxas *vbi supr. num.* 23. *y* 24. cuya impugnacion aprueba Pegas *dict. cap. 9. num.* 235. *y* 236. y con razon le impugna, pues para la possession, que es mas que la administracion, solo pide la *ley* 14. *tit.* 14. *part.* 3. la ausencia por espacio de diez años, y en la exposicion de ella el Sr. Gregorio Lopez, *verbo*: *Abonda, que prueben.* dize, que es suficiente este transcurso de tiempo, y que en èl no aya noticias algunas de el ausente, para que se conceda la administracion con fianza; conque no ay motivo alguno, en virtud, de que se necessite de mas tiempo para la administracion, que para la possession.

70. Contrayendo estas doctrinas à el caso presente, se manifiesta con evidencia, que està justificada la muerte presumpta de Don Pedro Barba, pues desde Diziembre del año de 98. q̃ fue quando se declarò por Executoria pertenecerle los Vinculos, han passado mas de 27. años

sin

ſin que aya avido noticias algunas, ni por Don Antonio Barba ſe ha hecho probanza alguna, de que vive, en cuyo tranſcurſo de tiempo ay mas del que ſe requiere por los Autores citados, aun que nos quiſieramos arreglar à la opinion de Eſcobar, y no à la de Roxas, y demàs Authores, que es la que debe prevalecer.

71. Y no ſolo no conſta, que vive, ſino que ay en los autos prueba, que perſuade ſu muerte, como lo acredita la informacion, que ſe hizo ante Juan Montero de Eſpinoſa, la probanza de D. Antonio Laſo, y las que en los autos antiguos ſe hizieron por Doña Marina Barba, y por Don Miguèl Laſo, que referimos à los *numeros* 14. 19. 21. *y* 24. pues aunque los teſtigos no afirman, que muriò, deponen lo ſuficiente, para preſumirlo, reſpecto, de que ſiendo tan conocidos los Eſpañoles en aquellos Reynos, y con eſpecialidad las perſonas de diſtincion, de quienes tienen comprehenſion baſtante los teſtigos, conocieran ſin duda alguna â Don Pedro Barba, ſi eſtuviera vivo.

72. Concurre tambien la preſumpcion de la edad, pues aviendo nacido Don Pedro Barba por Noviembre del año de 1631. tuviera â el preſente, ſi viviera, mas de 94. años; y ſi baſta, que exceda de los 60. ô 70. para que ſe preſuma muerto, potiori titulo, ſerà ſuficiente vna edad tan crecida, y no es menos preſumpcion legitima averſe embarcado â tierras tan remotas, la que ſe comprehende en las palabras, que citamos de Roxas â el *num.* 66. quando dixo, *vel ſuſcepit navigationem in mari*, en que es de advertir, que aunque incluye otras preſumpciones, no dize, que ſe requieren *copulativè*, ſino *disiunctivè*, como lo demueſtra el ſentido genuino, y literal, que tienen las vozes, conque ſe explica.

73. Se acredita tambien la muerte de el dicho Don Pedro Barba, ſi atendemos â las fees de Baptiſmo del ſuſodicho, y de Don Enrique Barba, ſu hermano, de las quales reſulta, que era mayor el dicho Don Pedro, por cuyo motivo le tocaban los Mayorazgos, que vacaron por fin, y muerte de D. Fernando Barba, ſu Padre, y el Patronato de las Monjas del Convento de la Concepcion de la Ciudad de Carmona, y por conſiguiente, ſi eſtu-

H viera

viera vivo, no huviera posseìdo los referidos Mayorazgos el dicho Don Enrique, ni huviera litigado sobre el Patronato Don Antonio Barba, como su hijo natural, ni huviera salido â estos autos pidiendo la possessíon por sì, que fue en la conformidad, que saliò â el principio, aunque despues variò, deduciendo la pretension en nombre de el dicho Don Pedro, â lo que no satisface el dicho D. Antonio en sus declaraciones, en que dixo, que aunque tenia presente vivia el dicho D. Pedro, no obstante, por averse passado algunos años sin tener carta suya, hizo por sì la oposicion; pues el no aver tenido carta, no le daba derecho à los Vinculos, si le constaba, que vivia el dicho Don Pedro, à quien legitimamente le tocaban.

74. Y si con reflexion reparamos en las declaraciones del dicho Don Antonio, que referimos desde el *num.* 26. se hallarà vna notoria implicacion, y prueba, de que muriò el dicho Don Pedro, pues afirma en la primera, que tiene noticias, de que vive por diferentes cartas, que pàran en su poder; pero, que no tiene presente por mano de quien las recibiò, ni en què Navio, ni embarcacion; circunstancias, de que en el todo no es posible se huviesse olvidado, si con efecto huviera tenido las cartas, ni es creìble, que se las bolviesse â entregar â Don Pedro Joseph Gaytan, su cuñado, por cuya mano dize aver recibido algunas, para que respondiesse â ellas, debiendo responder el dicho Don Antonio.

75. Fuera de que, independiente de las que le entregò à su cuñado, dize, que pàran en su poder otras, por las quales pudiera reconocer sus fechas, y las noticias, que le participaba, y presentarlas en estos autos, como se le notificò, y no escusarse con el pretexto, de que las tiene entre otros papeles, y que necessita tiempo para buscarlas, siendo innegable, que lo ha tenido suficiente desde que se principiaron estos autos; y si las tuviera, no omitiera el dicho Don Antonio diligencia alguna para buscarlas, conduciendo tanto à su defensa, quando por este medio tan facil cessaba la pretension de Don Antonio Laso, si se justificàra, que vivia el dicho Don Pedro, y subsistia la Executoria del año de 98. pero pues no lo ha executado, ni intentado probar el que vive, bien le consta, que era escusada su solicitud.

Re-

76. Resultan tambien de sus declaraciones otros convencimientos, pues dize, que no le consta aya contraìdo matrimonio el dicho Don Pedro, y que le escriviò cuydasse los Mayorazgos, interin, que venia à España, ò embiaba vn hijo suyo, y no se compadece la noticia, de que tenga hijo, que pueda succeder en los Vinculos con la ninguna, que dize tener de que aya contraìdo matrimonio. Assimismo confiessa, que no ha dado cuenta alguna de la administracion de estos Mayorazgos; y aunque dize, que le remitiò dos mil arrobas de azeyte, reconociendo â el mismo tiempo que se le avia de justificar la suposicion, si expressàra el año, y el navio, en que se avian conducido, dixo, que no se acordaba, lo que es increible, no tuviesse presente, si fuesse cierta la remission; pero no puede serlo segun lo que deponen los testigos de la probanza de Don Antonio Laso, de que se hizo relacion *num.* 36. contestando en que à la Ciudad del Cusco, y sus contornos, ni à los sitios, donde estàn las minas de San Francisco de Cailloma, se conducen, ni jamàs se han conducido azeytes, desde los Reynos de España, por el mucho costo, que tiene su conduccion, y averlos en aquellos parajes, quasi à los mismos precios, que en España.

77. No es menor convencimiento el que padece en aver declarado en quanto à el desistimiento de Don Miguèl Laso, que solicitò el susodicho con Don Pedro Gaytan, que era apoderado del dicho Don Antonio para el seguimiento de los autos, que consintiesse en que se le restituyessen los mil ducados, y que con efecto condescendiò en ello; à lo qual dize, que diò motivo el aver venido nuevos poderes de Don Pedro Barba para el dicho Don Antonio; y que aviendose presentado en los autos, se desistiò de su pretension el dicho Don Miguèl: todo lo qual es incierto, y contra el verdadero hecho de los autos; pues el nuevo poder, de que habla, es el que presentò à el *fol.* 444. otorgado por el dicho Don Pedro à el dicho Don Antonio, en el assiento, y minas de S. Francisco de Cailloma del Perù en 26. de Agosto de 1696. y ni este, ni el que antecedentemente se avia presentado, à el parecer otorgado en la Ciudad del Cusco en 20. de Agosto

de

de 690. se otorgaron à el dicho D. Pedro Gaytan, conque no pudo ser este parte legitima para el convenio; y aunque à el *fol.* 441. se presentò vna substitucion, hecha por el dicho Don Antonio del vltimo poder en el dicho Don Pedro Gaytan, Don Gaspar de la Cueva, y otros Procuradores, esta se hizo en 5. de Octubre de 698. y se presentò en 7. de dicho mes, como consta *fol.* 440. *B.* y aviendo sido anterior el pedimento del convenio; pues lo presentò Don Miguèl Laso en 8. de Agosto de dicho año de 698. como se reconoce del *fol.* 432. no pudo tener por motivo para desistirse, el averse presentado nuevo poder, ni pudo intervenir en el convenio el dicho Don Pedro Gaytan en virtud de la substitucion, que despues se hizo.

78. Y en lo que no ay la menor duda, y lo confiessa en sus declaraciones Don Antonio Barba, es que no ha tenido nuevos poderes, ni fee de vida del dicho Don Pedro, que no ha dado cuenta, ni tiene apuntacion alguna, que no ha justificado que vive, ni presentado cartas; conque, aunque se prescinda del tiempo anterior à la Executoria, à lo menos desde el año de 98. en que han passado mas de 27. años, no solo ay suficiente motivo, para que se conceda la administracion à el immediato successor, sino que concurren mas circunstancias de las que se requieren por Derecho.

CAPITVLO II.

RESPONDESE A VN DILEMMA, QVE SE opone contra la referida conclusion.

79. VNO DE LOS MEDIOS, DE QVE SE ha valido Don Antonio Barba para su defensa, se reduce â este Dilemma à el parecer indisoluble: ò està vivo Don Pedro Barba, ò muerto? Si vive, ni la possesion, ni la administracion puede pedir Don Antonio Laso, aunque sea immediato successor: si està muerto, no debia pedir la administracion, sino la possession, por transferirse la civil, y natural en el immediato successor, luego que muere el posseedor, y debe

pe-

pedir la judicial actual; luego de qualquier modo, que se considere, no es legitima la demanda de Don Antonio Laso.

80. Este argumento es de la classe de aquellos, que tanto prueban, que nada prueban, y se vè precisado, quien lo propone, â confessar la solucion, que se le debe dàr, lo que se manifiesta, de que no se niega por Don Antonio Barba, ni se puede negar la certeza de las doctrinas, que hemos referido en el capitulo antecedente, para probar, quando, y con què circunstancias se debe conceder la administracion à el immediato successor, estando ausente el posseedor; y si tuviera alguna eficacia la objeccion, fuera preciso oponerse expressamente à todos los Authores, y dezir, no solo, que en el caso presente no se debia conceder la administracion, sino que nunca se podia intentar por el immediato semejante demanda, pues en qualquier caso, que la intentasse, tiene lugar esta retorsion: ô està muerto, ô vivo el posseedor ausente? Si lo primero, debe pedir la possession; y si lo segundo, ni aun la administracion puede pedir.

81. Pero respondiendo directamente, me parece, que es facil la solucion: verdad es, que Don Pedro Barba, ò està vivo, ò muerto; pero aunque ex parte obiecti, no ay medio, lo ay, no obstante, quoad nos; y qual es? que ni consta, que està vivo, ni muerto: si huviera prueba, de que vivia, no podia Don Antonio Laso pedir la possession, ni la administracion: si la huviera, de que avia muerto, pidiera la possession; pero como no ay testigos, que digan, que muriò, sino se presume, segun el transcurso de el tiempo, crecida edad, no aver avido noticias algunas, y demàs circunstancias, que se han expressado, para persuadir su muerte, es legitima la demanda, que se ha intentado.

82. Se comprueba este discurso con la citada *ley* 14. *tit*. 14. *part*. 3. en que previniendo la duda, que puede ofrecerse, en quanto à si viven, ò estàn muertos los que estuvieren ausentes, explica la prueba, que debe aver en este particular con estas palabras: *E dezimos, que si aquel, de cuya muerte dubdan, dizen, que en estraña, è luenga tierra es muerto, è grand tiempo es passado, assi como de diez años arriba,*

 que

que abonda, que prueben, que esto es fama entre los de aquel Logar, è que publicamente dizen todos, que es muerto, ca non podria ome tan ligeramente aver testigos para probar fecho, que oviesse contecido en tan luenga tierra, è de tan grand tiempo, è mayormente, que lo oviessen visto muerto, ò soterrar; mas si aquel, que dizen, que es finado, razonan, que muriò de poco tiempo acà, asi como de cinco años ayusso, ò en tal tierra, de que se pueda ligeramente probar, è saber la verdad, estonce debe ser probada la muerte por testigos, que le vieron muerto, è soterrar, è non abondaria, que fuesse probado por fama tan solamente.

83. Estas dos especies de prueba, que expone esta ley, miran à el fin, de que el heredero pida la possesion de los bienes del ausente; pero quando no ay testigos, que afirmen, que muriò, y solo ay la carencia de noticias, sin que conste, que viva, despues de dilatado tiempo, que ha estado ausente, dixo el señor Gregorio Lopez en la citada ley, verbo: *Abonda, que prueben.* que se debe conceder la administracion con fianza, ibi: *Quid si hoc non probet, sed nescitur de vita alicuius, iam diu absentis? De consuetudine est, quòd dantur eius bona propinquioribus cum fideiussoribus.*

84. Del mismo parecer es el señor Salgado *in labyrint. 1. part. cap. 8. num.49.* ibi: *Prout idem videmus in bonis absentis in longinquis, de cuius vita, & morte dubitatur, dandis à iure proximiori, qui ab intestato successurus est, in custodiam, & administrationem, sub fideiussione de illis restituendis cum fructibus, vel absenti, si veniat, vel alteri, qui ex eius testamento ius habeat, vel fortè tempore mortis, de quo postmodum constiterit, alter proximior supervenerit, etiam post adiudicatam semel custodiam, & administrationem.* y Parladorio *quotid. lib. 3. quæst.2.* propone la question en los mismos terminos, de que ni conste, que viva, ni que aya muerto, el ausente, *in principio*, ibi: *De quo incertum est, vivit nè, an mortuus sit?* y despues, que con la ley citada de partida funda, que aviendo passado 10. años, y probandose por fama publica, q̃ muriò el ausente, se le deben entregar los bienes â el pariente mas immediato iure hereditario, dize *num. 4. in fine: Absentis morte non legitimo modo probata, decernenda est suorum bonorum cura propinquioribus cognatis, datis scilicet fideiussoribus, vt eorum habeant administrationem, donec absens repatriaverit.*

85. En quanto â la administracion de los Vinculos, cu-

cuyos Posseedores estàn ausentes en tierras remotas, tampoco es preciso probar la muerte del Posseedor, y basta vnicamente, que se ignore, si està vivo, ò muerto, como lo explican, sin que pueda tener lugar la menor duda, Alvarez Pegas *dict. cap. 9. num.226.* y Roxas *vbi sup. num. 16.* ibi: *Idem, quod de iure, & consuetudine observatur in bonis absentis, quæ sint libera, seu allodialia; observari etiam debet in bonis feudalibus, & primogeniorum, quorum successores, & possessores sint absentes in longinquis, vel ita vagabundi, vt ignoretur, an vivi, vel mortui sint, quia tunc substituti, seu immediati successores poterunt petere, quòd sub fideiussoria cautione, talia bona feudalia, vel maioratus in administrationem sibi dentur.* en el mismo sentido hablan todos los Autores, y Fontanela *de pact. tom. 2. clau∫.7. glos. 3. part. 1. à num. 33.* refiere varias decisiones del Reyno de Cataluña, y otras de la Rota; el Cardenal de Luca *de fideicom. disc. 7. num. 4. in fine, de succes. ab intest. disc. 37. & de iure Patronat. disc. 94.*

86. No es incompatible la administracion con la vida del ausente; antes por considerar los Autores, que no es impossible, el que viva, previenen, que se dè la fianza, por si acaso viviere, la que es escusada, si constàre, que està vivo, como lo es tambien en este caso la administracion, y con mayor razon, quando se justificàre, que ha muerto, pues entonces puede pedir los bienes libres el pariente mas immediato iure hereditario, y los vinculados el immediato successor; pero para la administracion, lo que basta es la incertidumbre, y esta excluye la prueba de los dos estremos; conque tan lexos està de no ser legitima la demanda de Don Antonio Laso, por no aver prueba, de que vive, ò està muerto Don Pedro Barba, que antes en essa incertidumbre se funda el derecho, que tiene para la administracion.

87. No parece, que se satisface, ni aquieta su animo Don Antonio Barba con esta solucion, antes de ella deduce otra instancia, que se funda, en que Don Antonio Laso es actor, y como tal debe probar la muerte de Don Pedro Barba, que es en lo que estriva su demanda, no solo por la regla general, de que *actore non probante, reus absolvitur*, sino por ser de cargo, de quien pide la administracion probar la muerte del ausente, como lo dixo el Padre

Tho-

Thomas Sanchez *de matrim. lib. 2. disput. 46. num. 1. in fine*, ibi: *Tandem, quia cùm mors sit fundamentum eam allegantis, ad probandam suam intentionem, debet probari ab allegante.* y Lara *de Anniv. lib. 1. cap. 22. num.* 19. vbi ait: *Et pro huius digressionis complemento adde, quòd licèt absens magis presumatur vivus, quàm mortuus, in eo casu, qui se fundat in morte, vel in vita probare debet.* De que se infiere, que aunque por D. Antonio Barba no se aya probado, que vive Don Pedro Barba, basta para que se le absuelva, no averse probado la muerte por Don Antonio Laso.

88. Solo con hazer reflexion en la solucion, que dimos â la objeccion antecedente, se desvanece esta replica: Verdad es, que el actor debe probar su intencion, y que en este litigio es actor Don Antonio Laso, pero tambien es cierto, que no se funda en la muerte natural de Don Pedro Barba, sino en la presumpta, que resulta de la concurrencia de circunstancias, que hemos explicado, conque no haze falta, que no aya testigos, q̃ afirmativamente depongan, que muriò Don Pedro Barba, ni el que no estè justificada su muerte por fama publica, que es lo que pide la ley citada para la possession, y basta vnicamente la incertidumbre, que es la prueba de la muerte presumpta; y teniendo â su favor Don Antonio Laso esta prueba presumptiva, que es la que se requiere para la administracion, que pide, tiene fundada su intencion.

89. Y aunque Don Antonio Barba no es actor, no obstante, aviendo opuesto la excepcion, de que vive Don Pedro Barba, la debia aver probado, pues como dixo el Sr. Presidente Covarrubias *variar. lib. 2. cap. 7. num. 6. versic. tertiò. Sic crebriori calculo receptum est, agenti, vel excipienti incumbere probationem vitæ, quoties eà est fundamentum actionis, vel exceptionis*: y no ay duda, en que no la ha probado, pues no ay en los autos fee de vida, poder, ò carta alguna del dicho Don Pedro desde el año de 98. en que se pronunciò la Executoria, ni aun lo ha intentado probar con testigos, ni tiene â su favor presumpciones algunas, que persuadan, que vive Don Pedro Barba; respecto de lo qual no obstan los lugares citados, ni quantos en este particular se pudieren citar, para fundar, que el actor debe probar la muerte del ausente, pues todos se deben entender de la prueba,

que

que corresponde â la muerte, que se alega, de suerte, que si el actor afirma, que muriò el ausente, y se funda en su muerte natural, la debe probar en la conformidad, que previene la ley de partida; pero si solo afirmàre, que se presume muerto, tiene fundada su intencion con la prueba presumptiva, y es de cargo del reo justificar la excepcion de la vida, que alega para su defensa.



CAPITVLO III.

DISVELVENSE OTRAS DOS OBJECCIONES.

90. VNO DE LOS MEDIOS, DE QVE NOS valimos para probar la muerte presumpta de Don Pedro Barba, fue su crecida edad, la que se justifica con la fee de Bautismo presentada en estos autos, de la qual consta, que naciò en el año de 631. y con este mismo medio nos replica Don Antonio Barba; pues desde aquel tiempo â el presente no han passado 100. años; y debiendose presumir por disposicion de Derecho, que vive vn hombre hasta 100. años, se infiere por legitima consequencia, que tiene â su favor Don Antonio Barba la presumpcion, de que vive el dicho Don Pedro, y que su edad no dà motivo para presumir su muerte.

91. Se persuade este discurso con la *ley: An vsusfructus. ff. de vsufructu.* en que se propone la especie del vsufruto, que se lega â la Ciudad, y siendo esta perpetua, se duda, si subsistirà el legado, y los Ciudadanos tendràn accion para pedirlo: resuelve el Jurisconsulto Gayo, que debe durar por espacio de 100. años, por ser este el fin de la vida del hombre, ibi: *Et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitæ longævi hominis est.* y se corrobora este concepto con la *ley vltim. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* en que hablando de la prescripcion, que tienen las Iglesias, y Ciudades, en quanto â herencia, fideicommisso, legado, donacion, ô venta, se asigna el numero de 100. años, por ser este el tiempo, que puede vivir vn hombre, ibi: *Sed nè videamur in infinitum hanc extendere, longissimum vitæ hominum tempus eligimus, & non aliter eam actionem finiri concedimus, nisi centum annorum curricula excesserint.* en las quales leyes se

fundaron algunos Autores, que refiere Menochio *lib. 6. præsumpt. 49. num. 9.* para afirmar, que se presume, vive vn hombre hasta la edad de 100. años.

92. Nihilominus tamen con la opinion mas corriente de los Autores se niega absolutamente el supuesto, en que se funda este argumento, pues no se presume, que el hombre viva 100. años, como con estension lo fundan Menochio *prædict. præsumpt.* el señor Covarrubias *variar. lib. 2. cap. 7. num. 6. vers. Vnde licèt.* Gutierrez *pract. lib. 2. quæst. 7. num. 5.* el Cardenal de Luca *de iurisdict. disc. 3. num. 9.* y el Padre Thomas Sanchez *de matrimon. lib. 2. disp. 46. num. 1.* y haziendose cargo estos Autores de las referidas leyes responden, que con ellas solo se prueba la presumpcion negativa, de q̃ no vive vn hombre mas de 100. años, pero no la afirmativa, de que los viva; pues aunque es posible, que viva todo este tiempo, no es presumible, respecto de que no es verisimil, por quanto solo es verisimil, lo que sucede regularmente, y no es lo regular, y comun, q̃ los hõbres en estos tiempos lleguen â la edad de 100. años.

93. Y conciliando Menochio *num. 28.* estas dos opiniones recurre â el arbitrio del Juez, y en el caso, que vno estè ausente por mucho tiempo, y se ignore si vive, ô està muerto, y se excite litigio, sobre si se debe presumir muerto, ò vivo, resuelve, que debe el Juez observar las conjeturas, que se huvieren probado por los litigantes; pero si estos nada huvieren probado en quanto à la vida, ò muerte del ausente, dize, que inquiera el Juez de oficio, què edad tenia, quando se ausentò, què tiempo ha durado la ausencia, à què lugar fue, si à la Guerra, ò si se embarcò, y no teniendo por suficientes estas presumpciones, en el que fuere de pocos años, de que refiere algunos casos, concluye, his verbis: *Si verò quis iam ætatis quinquaginta, vel plus annorum captus ab hostibus, vel alia ex causa absens viginti, vel plures annos abesset, & nihil penitus de eius vita, vel morte constaret, coniecturam facere poterit Iudex illum decessisse, cum experientia ipsa quotidiana doceat, homines, vt plurimum, hoc tempore non excedere septuagesimum, vel octuagesimum annum suæ ætatis.*

94. Ni es preciso llegar â los ochenta, si consultamos â Pegas *de ordinat. Reg. Port. lib. 1. tit. 50. cap. 9. num. 232. y 233.* y â Roxas *de incompatib. part. 6. cap. 3. num. 21.* en

que

que no exceden de los ſetenta, ibi: *Nihilominus tamen hodie attento communi hominum vivendi curſu, habet tantùm locum vſque ad ſexaginta, aut ſeptuaginta annos, cùm hodiernis temporibus communiter homines non ſoleant dictum tempus excedere.*

95. De lo referido ſe reconoce, que aunque es poſsible, que viva Don Pedro Barba, no es preſumible, antes ſi ſe preſume muerto, no ſolo por la poſsibilidad de que no viva, ſino por la veriſimilitud, y no ſer lo regular, que los hōbres lleguen â vna edad tan crecida de mas de 94. años, que excede â la que tienen por ſuficiente para la preſumpcion los Autores, por cuyo motivo no obſtan las dos leyes citadas, pues con ellas ſolo ſe pudiera fundar la preſumpcion negativa, de que no viviera el dicho Don Pedro mas de los 100. años, pero no la afirmativa, de que interin, que no llega eſte tiempo ſe preſume vivo, cuyo numero de años no ſeñalan las leyes por fin de la vida regular del hombre, ſino del que vive mas de lo regular, como lo acreditan ſus miſmas palabras, ſcilicet, *longævi hominis: longiſsimum vitæ hominum tempus*: y ſi por ſer poſsible, q̃ viva vn hombre 100. años, y aver algunos exemplares, que lo acrediten, huviera motivo para eſta preſumpcion, tambien ſe preſumiera, que vivia, aun deſpues de ellos, pues tambien en eſtos tiempos ay algunos, que exceden de los 100. conque ſi con las leyes citadas no ſe puede fundar la preſumpcion, de que viva vn hombre vltra de los 100. años, tampoco ſe puede deducir de ellas prueba alguna para preſumir la vida por todo eſte tiempo, ſin embargo, de que ſe conſidere poſsible.

96. Nada parece que hemos adelantado con las doctrinas citadas, aſsi en eſte capitulo, como en los antecedentes, pues ellas miſmas dan motivo â otra replica, que nos haze Don Antonio Barba, y conſiſte, en que la dilatada auſencia, crecida edad, y demàs circunſtancias, que hemos tocado, ſon ſuficientes para preſumir la muerte, quando no ay noticia del auſente, ni eſte à el tiempo de auſentarſe, ni deſpues ha dado poder para la adminiſtracion de ſu hazienda; pero ſi en el termino, que la ley de partida, y Autores preſcriben, huviere dado poder el auſente, ò huviere noticias, de que vive, ceſſa la preſumpcion de ſu muerte, como aſsi lo ſienten Valaſco *allegat.*

79.

79. *num. 6.* Parladorio *in sexquisent. quæst. 2.* §. 1. *num.* 8. Escobar *de ratiocin. cap. 6. num.* 50. y Menochio *de arbitr. lib. 2. casu* 150. *num.* 16. ibi: *Secundò requiritur, quòd is absens, & vagabundus abesse cœperit, nullo relicto Procuratore ad omnia eius negotia, tam extra iudicium, quàm in iudicio, donec reverteretur, nam vbi Procuratorem reliquisset, frustra de dando Curatore ageretur.* respecto de lo qual, importa poco la dilatada ausencia de Don Pedro Barba, si ha avido noticias desde que està ausente, como lo acreditan las fees de vida, y ha remitido los poderes, que se presentaron por D. Antonio Barba.

97. Sino me contuviera el respecto, conque debo venerar la Executoria de la Sala, reproduxera todo lo que se alegò contra estos poderes, y fees de vida por Doña Mariana Barba, Don Christoval, y Don Miguèl Laso, y respondiera negando desde luego la certeza de estos instrumentos, para lo qual dan suficiente motivo los autos, y no es el menor la disimilitud, y diversidad de señas, que en las fees de vida se contiene; pero como por la Executoria se considerò vivo por entonces à el dicho Don Pedro Barba, no me es permitido inculcar en este punto.

98. Y omitiendo, que fuessen ciertos los poderes, y fees de vida, respondo lo primero, que aun en el caso, de que hablan los Autores, que es quando à el tiempo de ausentarse dexò el ausente poder à otro para la administracion de su caudal, se debe conceder la administracion à el pariente mas immediato, si huviere dilacion, en que buelva el ausente, y no ay noticia cierta, de que vive; vt ita Parladorio, vbi suprà, ibi: *Quamquàm si absentis reditus in longius tempus proteletur, ipsiusque vitæ certitudo non habeatur, succurrendum putaverint consanguineis adversùs hunc Procuratorem.* y Valasco *prædicta allegatione num. 9.* conque aunque los poderes fuessen validos, no obstante, atendiendo, à que no ay noticia alguna, de que vive Don Pedro Barba, se debe conceder la administracion de los vinculos al immediato successor.

99. Respondo lo segundo, que ay gran diferencia de aquel tiempo anterior à la Executoria, à el que ha corrido despues, pues entonces, si se regulàra la edad de D. Pedro Barba hasta el año de 96. que es la fecha del vltimo poder, ò hasta el de 98. en que huvo la Executoria, no llega-

ba

ba à los setenta años, de que se infiere, que por lo que toca à la edad no parece, que avia fundamento para que se presumiesse muerto: independiente de no aver esta presumpcion se tuvieron presentes los poderes, y fees de vida, y aunque contra ellos se alegò, que eran supuestos, ê inciertos, y Don Miguèl Laso ofreciò justificar, que avia muerto Don Pedro Barba, se desistiò despues, conviniendose con Don Antonio Barba, ò porque le tendria mas cuenta, que se le entregassen los mil ducados del deposito, ò por otros fines particulares, y confessò en vn pedimento, que avia noticias, de que vivia el dicho Don Pedro, conque precisamente se avia de confirmar la sentencia de vista, si lo consintiò el dicho Don Miguèl, que era el vnico, con quien se seguian los autos.

100. Pero aora se verifican todas las circunstancias, que por entonces no concurrian, pues la edad, que no llegaba à los setenta, excede ya de los noventa y quatro: desde Diziembre del año de 98. en que se pronunciò la sentencia de vista, han passado mas de 27. años, sin que en este tiempo aya remitido poder alguno el dicho Don Pedro, ni aya noticia alguna, de que vive, por cuyo motivo no obsta la propuesta objeccion, pues ni Don Pedro Barba dexò poder à el tiempo de ausentarse, ni en los años, que han corrido despues de la Executoria, que es en lo que se funda la demanda; se ha presentado poder, y aunque los que antecedentemente se presentaron fuessen validos, se debian considerar extinguidos.

101. Desempeñeme en este assumpto Gomez Bayo *in praxi Ecclesiastica part. 3. lib. 2. q. 95.* en que refiere vn caso muy del intento: *Manuel Rojo* (dize) *de edad de mas de 26. años, se ausentò de su Patria, dexando dado poder por ante Escrivano publico à Juan, para que administrasse su hazienda, y cobrasse sus deudas: estuvo ausente sin tener noticia de su persona mas de veinte años; los parientes mas cercanos, sus successores, ab intestato pidieron se les entregasse la hazienda, y el Procurador fuesse compulsado à darles cuenta con pago con la fianza, que ofrecian detenerla de manifiesto, y restituirla, si bolviesse: el tal Procurador se evadia, alegando tener poder del ausente; y mediante èl no tener obligacion à entregar la hazienda, ni dàr cuenta, hasta que se probasse ser muerto el ausente, ò averseles revocado, ò passado cien años.*

102. Haziendose cargo este Autor, presupuesto el referido hecho, del mismo argumento, que opone Don Antonio Barba, resuelve no obstante *num.* 3. ita: *Sed quamvis hoc verum sit, tamen intelligendum erit, quando absentia illius est minor 20. ann. nam si fortè ille abfuerit plusquàm per 20. ann. tunc per tam longam absentiam oritur præsumptio mortis, & per istam mortem præsumptam, tamquàm per veram, & naturalem mandatum Procuratoris extinguitur.*

103. Continùa explicando las dos especies de prueba, que ay de esta muerte presumpta; vna, la que previene la *ley* 14. *tit.* 14. *part.* 3. que es, quando con la ausencia, por mas de diez años en tierras remotas, concurre la fama publica, de que es muerto el ausente, en cuyo caso assegura, que sin duda alguna cessa el poder; y otra, quando despues de 20. años de ausencia no consta, si vive, ò està muerto, en cuyo particular dize *num.* 5. *Porque en este segundo caso, aunque no se pruebe, que ay fama publica de su muerte, ni mas, de que su ausencia fue por mayor tiempo de los dichos* 20. *años, y que no se ha sabido, si era vivo, ò muerto, basta para presumir su muerte, y extinguirse el poder, que dexò dado, tutela, ò Curaduria, que tenia, y darse en administracion â los parientes con la fianza ordinaria.*

104. Y no limitando su resolucion à los bienes libres, sino estendiendola tambien à los vinculados, dixo *num.* 6. *Quòd si possessor Maioratus vagaverit per* 20. *ann. ita vt de eius morte, vel vita ignoratur, sequens in gradu tunc succedit in Maioratu cum fideiussione de restituendo eum cum fructibus revertenti absenti.*

105. Hagamos cotejo de este caso con el presente: en aquel era de corta edad el ausente, pues quando se ausentò, solo dize, que tenia mas de 26. años, y que la ausencia durò por mas de 20. y aunque por lo que explica esta palabra: *Mas,* en que tiene lugar el arbitrio, como dixo Menochio *de arbitr. lib.* 2. *casu* 47. regulèmos tres, ô quatro años, no passaria de los 50. y sin embargo, sin reparar, que distaba mucho de los 100. y que no avia llegado à los años, que tienen los Autores por suficientes para presumir la muerte, se presumiò muerto, resolviendo averse extinguido el poder, y que se debia conceder la administracion con fianza, sin necesitar el Autor mas, que de la in-

cer-

certidumbre, que avia, de si estaba vivo, ô muerto el ausente, y de aver durado la ausencia por mas de 20. años.

106. Què dirèmos, pues, en el presente litigio, en que la edad es tan crecida, y la ausencia tan dilatada, sin que aya avido noticias algunas del dicho Don Pedro Barba en el espacio de tiempo, que ha corrido de mas de 27. años? afirmarèmos sin la menor duda, que està probada su muerte presumpta, que se extinguieron los poderes, y se debe conceder la administracion de estos Vinculos â el immediato successor, sin que esto se oponga en manera alguna â la Executoria del año de 98. por fundarse unicamente la demanda en el transcurso del tiempo, que ha corrido despues, lo que se tuvo presente en el articulo dilatorio de no estàr obligado â responder, que intentò Don Antonio Barba, valiendose de dicha Executoria, y se le mandò no obstante, que respondiesse derechamente.

CONTROVERSIA II.

EXAMINASE LA PRUEBA, QUE HA INTENtado hazer de su filiacion D. Antonio Barba.

CAPITULO PRIMERO.

NO HA JUSTIFICADO EL DICHO D. ANTONIO, que es hijo de D. Enrique Barba, y de Doña Monica de Vargas.

107. EN LA CONTROVERSIA ANTECEDENte se fundò, que estaba justificada la muerte presumpta de Don Pedro Barba, y que se le debe conceder la administracion de los referidos Vinculos à el immediato successor, y aora resta, que examinar, quien es este immediato successor? Litigan sobre este assumpto Don Antonio Laso, y Don Antonio Barba; y respecto de que este dize, que es successor, como hijo natural de D. Enrique Barba, y de Doña Monica de Vargas, lo que no se ha confessado, antes si se niega por Don Antonio Laso; se infiere, que es de cargo de D. Antonio Barba probar su filiacion, la qual no se presume, sino se prueba, como lo funda Menochio *lib. 6. præsumpt. 53. num. 1.*

&

& D. Castillo *controv. lib.* 5. *cap.* 104. *num.* 2. en que establece esta conclusion por regla general, y comun principio apud omnes, y por consiguiente no necessita Don Antonio Laso de fundar, que Don Antonio Barba no es hijo de los dichos Don Enrique, y Doña Monica, sino que no lo ha justificado el dicho Don Antonio, discurriendo por los medios, conque se debe probar la filiacion in genere, que es de lo que se habla en este capitulo, dexando para el subsequente la qualidad de natural.

108. Y acercandonos â la dificultad propuesta, hagome cargo de lo dificil, que es la prueba de la filiacion, en tanto grado, que se considera casi impossible con especialidad, respecto del Padre, vt patet *ex lege Lucius.* 83. *ff. de condit. & demonst.* vbi glossa ait: *Impossibile enim est, quòd ipse probet se filium esse.* por cuyo motivo cecinit Homerus, vt refert Menochio *de arbitr. lib.*2. *cas.* 89.

Ex illo natum Mater me dicit, at ipse
Nescic, nam certum quis possit ferre Parentem?

109. Haziendose cargo de esta dificultad, convienen los Autores, en que bastan presumpciones, y congeturas para probar la filiacion, vt ita affirmant Menochio, vbi suprà, Garcia *de nobilit. glos.* 20. el señor Covarrubias *de matrim. part.* 2. *cap.*8. §. 3. Mascardo *de probat. concl.*787. & aliis sequentibus, el Cardenal de Luca *de fideicom. disc.*68. *num.* 5. *disc.* 69. *num.* 4. y 5. *disc.* 88. *num.* 9. & *disc.* 193. *num.*7. Gonzales *in cap. Per tuas. de probationibus.* y con otros muchos, que refiere suo more D. Castillo *controv. lib.* 5. *cap.* 104.

110. Varias congeturas refieren estos Autores, que puede aver, para persuadir la filiacion; pero como no todas las ha alegado, ni intentado justificar Don Antonio Barba, se omiten las que de ningun modo constan de los Autos, y nos harèmos vnicamente cargo de aquellas, de que se vale, para afirmar, que es hijo de D. Enrique Barba, y de Doña Monica de Vargas: vna de ellas es, que como à su hijo lo trataron, y alimentaron; otra, averlo declarado el dicho Don Enrique por su hijo, nombrandole por successor del Patronato, que fundò Garcia Nuñez de Prado y Cañete, como consta de la escritura, de que se hizo relacion *num.* 45. y otra es la fama publica, que deponen los testigos.

111. No ay justificacion alguna de estas presumpciones, y congeturas; pues en quanto â la del tratamiento, no basta, que los testigos depongan, que lo trataba como â hijo, sino es precise, que especifiquen con individualidad los actos, en que consiste este tratamiento, como lo dixo Mascardo *de probat. concl.* 789. *num.* 28. ibi: *Primò vel-lim, limites, & intelligas primariam conclusionem non procedere, si fuerit probatus tractatus in genere, nempe quòd talis fuerit tractatus tamquàm filius, nam ex huiusmodi probatione non induceretur probatio filiationis, testes enim debent speciatim, & clarè demonstrare actus talis tractatus, qui solent circa filios exerceri.* y â el *num.* 38. numera onze modos, ô actos, conque se puede probar este tratamiento, los que refiere tambien el señor Castillo *controv. lib.* 5. *cap.* 104. *num.* 8. de los quales es vno, que el Padre lo aya alimentado en sus casas, y este es vnicamente el que deponen los testigos, sin que se aya probado otro algun acto, de los que son proprios, y peculiares para fundar la presumpcion del tratamiento.

112. En lo que toca â averle nombrado en el Patronato, llamandole su hijo natural, no basta esta confession del Padre para probar la filiacion; pues aunque la *ley* 1. §. *Iulianus. ff. de liber. agnosc.* parece, que lo persuade, solo tiene lugar, quando la confession es judicial, y se hà principiado el pleyto de la filiacion, ibi: *Quandoque enim cœpit causa agi, grande præiudicium adfert pro filio confessio Patris.* y con innumerables Autores lo funda Menochio *de arbitr. lib.* 2. *cas.* 89. *num.* 79. *& lib.* 6. *præsumpt.* 53. *num.* 35. y aunque el mismo Menochio *prædict. præsumpt.* â el *num.* 37. continùa hablando de la confession extrajudicial, distingue entre la que se haze *principaliter,* ô *incidenter*; la primera, que es quando el Padre le dize â vno, que es su hijo, y que lo ha de instituir por heredero, ò quando en sus libros apuntò el dia, en que naciò, resuelve, que prueba la quasi possession de la filiacion, pero no la segunda, como no sea geminada, ò se execute en acto, que solo â el hijo le pueda convenir, y no â vn estraño, y el mismo intento prueba el señor Castillo *vbi supr. num.* 12. cuyas circunstancias no se verifican en la escritura, que otorgò el dicho Don Enrique Barba, pues no es judicial esta confession, ni en ella se hallan las palabras proprias, y peculiares de la primera es-

pecie de confeſsion extrajudicial, ni es geminada, por no averſe preſentado otro inſtrumento, de que conſte, que en otra ocaſion le llamaſſe hijo el dicho Don Enrique, ni el acto de nombrarle en el Patronato era proprio de vn hijo, pues podia nombrar Don Enrique â otro pariente, ſegun la facultad, que pudiera tener en virtud de la fundacion, de cuyas clauſulas no conſta, ni ſe tienen preſentes.

113. Tampoco eſtà juſtificada la fama publica; pues aunque los teſtigos dizen, que era publico, y notorio, no expreſſan averlo oido â otras perſonas, y era preciſo, que lo dixeran, y que lo avian oido â la mayor parte del Pueblo, ò de la vezindad, Maſcardo *de probat. concl.* 791. *num.* 18. ibi: *Vt autem hæc probatio concludat, oportet, quòd teſtes deponant etiam non interrogati de perſonis, à quibus audierint, alioqui non probarent communem opinionem.* & *num.* 19. ibi: *Oportere, teſtes interrogatos deponere ſe audiviſſe â maiori parte Populi, vel viciniæ, & de cauſa, vnde traxerit originem.*

114. Y aunque ſe omitiera, que eſtas preſumpciones eſtaban juſtificadas, ſolo podian tener fuerza, y vigor, reſpecto del miſmo Padre, que exerciò eſtos actos, pero no reſpecto de vn tercero, como hablando del tratamiento lo dixo Maſcardo *concl.* 789. *num.* 36. ibi: *Quartò limita, vt concluſio vera ſit, quoad præiudicium ipſius tractantis, & eius hæredum, non autem in præiudicium tertii.* y lo miſmo explicò en quanto â el nombramiento, *concl.* 790. *num.* 7. en que conviene Surdo *conſ.* 552. *num.* 21. ibi: *Et quamvis vbi agitur de nominatione principaliter facta in negotio ad ſolùm filium pertinente, non autem animo blandiendi, nominatio conſtituat filium in quaſi poſſeſsione, tamen hoc procedit quoad præiudicium Patris nominantis, non autem aliorum.* y aſsienten â eſta limitacion todos los Autores vbi ſuprà citados; por cuyo motivo, ſi el pleyto ſe ſiguiera con Don Enrique Barba ſobre alimentos, vel ex alia cauſa, pudiera valerſe Don Antonio Barba de eſtas preſumpciones; pero no le favorecen en el caſo preſente, en que litiga con vn tercero.

115. Con eſtos fundamentos no ſolo ſe prueba, que D. Antonio Barba no es hijo de D. Enrique Barba, ſino que tampoco lo es de Doña Monica de Vargas: & â fortiori quidem, pues reſpecto de la ſuſodicha no milita la preſump-

ſumpcion, que ſe quiere fundar, con la eſcritura del nombramiento, en que no intervino, ni la del tratamiento, reſpecto de que en la primera informacion, que ſe contiene en el teſtimonio, de que ſe hizo relacion *num.* 39. no ſe articulò, ni depuſieron los teſtigos, que el dicho Don Antonio era hijo de la dicha Doña Monica, y ſolo ſe articulò, que lo avia tratado como â hijo el dicho Don Enrique, y que lo avia alimentado, y tenido en ſus caſas: En la ſegunda informacion, aunque ſe explicò aver ſido ſu Madre la dicha Doña Monica, nada ſe juſtificò en quanto, â que la ſuſodicha lo huvieſſe tenido en ſus caſas, y de el miſmo modo ſe procediò en la probanza, que deſpues hizo el dicho Don Antonio en los autos, que ſe ſiguieron ſobre la ſuccesſion de eſtos vinculos.

116. De que ſe reconoce, que ſi quien lo tenia en ſus caſas, y lo alimentaba era Don Enrique Barba, ad ſummum por eſte medio, omitido, que fueſſe ſuficiente, ſolo ſe pudiera probar el tratamiento eſpecifico de el dicho Don Enrique, pero no de la dicha Doña Monica, reſpecto de la qual no ſe ha juſtificado acto alguno de los que ſon preciſos para juſtificar el referido tratamiento, ni ay confesſion del dicho Don Enrique, ni de la dicha Doña Monica, por donde conſte, que fueſſe ſu hijo el dicho Don Antonio.

117. Parece, que no tiene mucha fuerza eſte diſcurſo, reſpecto, de que la Madre ſiempre es cierta, y por la incertidumbre, que ay en el Padre, ſe necesſita de las preſumpciones, y congeturas, que hemos referido; conque no haze falta el tratamiento eſpecifico de la dicha Doña Monica. No niego, que la Madre ſiempre es cierta; pero eſto, què prueba? Que no es meneſter hazer juſtificacion, de que es ſu Madre aquella, de quien alguno dixere, que es hijo? Minimè; no baſta la certidumbre ex parte obiecti, y es preciſo, que la aya quoad nos; y haziendoſe cargo, de que la Madre ſiempre es cierta, convienen los Autores citados, y todos los que han tratado eſte punto de filiacion, en que no ay neceſsidad de recurrir â congeturas, porque puede aver prueba neceſſaria, reſpecto de la Madre; pero en caſo, que no la ay, es tan preciſa la prueba congetural, reſpecto de la Madre, como reſpecto del Padre:

dre:

dre: conque si D. Antonio Barba, no solo por lo que toca â D. Enrique, su asserto Padre, sino tambien, por lo que mira â la dicha Doña Monica, vnicamente ha intentado hazer vna prueba presumptiva, fundada en el tratamiento, debiendo ser este especifico; se infiere por legitima consequencia, que no ha justificado ser hijo de la dicha Doña Monica.

CAPITVLO II.

TAMPOCO AY PRVEBA, DE QVE EL DICHO Don Antonio sea hijo natural de Don Enrique Barba.

118. PARA NEGAR, QVE DON ANTONIO Barba sea hijo natural del dicho Don Enrique, basta negar, que sea su hijo; y aviendose fundado en el capitulo antecedente, que no ay justificacion, de que lo sea, es ilacion legitima, que tampoco la ay de la filiacion natural; pero prescindiendo del concepto generico de filiacion, y haziendome vnicamente cargo del especifico de natural, no tengo la menor duda, en que no ay justificacion en los autos de esta qualidad, para que debe servir de regla la *ley* 11. *de Toro*, que es la *9. tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* con cuya disposicion se debe conformar la prueba, que hiziere el que se funda en la filiacion natural, vt ait Tello Fernandez *in prædict. leg. Taur. num.* 5. ibi: *Quòd vbicumque qualitas naturalitatis est fundamentum agentis, non consequetur aliquid, nisi probet secundùm nostram legem.*

119. Previene esta ley, que para que vno sea hijo natural, es preciso, que â el tiempo, que nace, ò se concibe, sus Padres fuessen habiles para contraer matrimonio, sin que para ello tuviessen impedimento alguno, ni necessitassen de dispensa, y pide por qualidad precisa, que el Padre lo reconozca por su hijo, como no sea de vnica concubina, que aya tenido en su casa: en que es de advertir, que antes de la disposicion de esta ley, hijo natural era aquel, que nacia de vnica concubina, retenta in domo, y cuyos Padres eran solteros, *Auth. Quibus mod. natural. efficiant. sui. §. Si quis autem defunctus. colat.* 7. *Auth. de trient. & semiss. §. Consideremus. colat.* 3. *Auth. Licèt. Cod. de natural. liber. leg.* 1. *tit.* 15. *part.* 4. vbi D. Gregorius Lopez, Tello Fernandez,

y

y Antonio Gomez *in prædict. leg. Taur. num.* 1. & *in dict. leg. Recop.* Matienzo *glos. 2. num. 2.* y Azevedo *num.* 1. pero despues no se requiere, ni es preciso, que la concubina sea vnica, ni retenta in domo, ni basta, que los Padres sean solteros, sino es necessario, que no tengan impedimento para contraer matrimonio, vt ita tenent præcitati Authores.

120. Independiente de la idoneidad, que deben tener los Padres para contraer matrimonio, pone la ley por condicion precisa, que el Padre lo aya de reconocer por su hijo: pero quando? No siempre, ni indistintamente en qualquier caso, sino en el, en que la concubina no sea vnica, ni la tenga en sus casas, pues quando la retuviere, no haze falta el reconocimiento de el Padre, como expressamente lo decide la ley, ibi: *Puesto, que no aya tenido muger, de quien lo huvo en su casa, ni sea vna sola.* y lo prueba el texto *in cap. Per tuas. de probat. glos. in cap. Michael. de filiis præsbit. verbo: Constiterit.* Augustin Barbosa en la exposicion de estos textos, D. Covarrubias *de matrim. 2. part. cap.* 8. §. 4. *num.* 14. Avendaño *in suo Dictionario, verbo: Hijo natural.* Matienzo *in dict. leg. 9. glos.* 4. *num.* 2. Azevedo *num.* 11. y Gomez *vbi suprà num. 2.*

121. De que se infiere, que no constando de los autos, que Don Enrique Barba retuviesse en sus casas à Doña Monica de Vargas, era preciso, que huviera reconocimiento de D. Antonio Barba; y como debe ser este reconocimiento? La ley no lo explica, pero se debe decidir esta duda por la *ley final tit.* 22. *lib.* 4. Fori, ibi: *Quien quisiere recebir por su fijo, fijo, que aya en muger, que no sea de bendicion, recibalo ante el Rey, ò ante homes buenos, è diga en tal manera: Este es mi fijo, que he de tal muger, nombrela: E desde aqui adelante quiero, que sepades, que es mi fijo, y que lo recibo por fijo.*

122. No es mio el pensamiento, sino de Juan Garcia *de nobilit. glos.* 20. *num.* 35. donde resuelve, que si para que vno se tenga por hijo natural, necessita la ley de Toro, de que su Padre lo reconozca, y esta ley no explica la forma del reconocimiento, se debe observar la que puso la ley del Fuero, y conforme su solemnidad antigua se entiende aver dispuesto la ley de Toro, *quod si desit* (prosigue este Autor) *solemnitas dictæ L. fin. Saltim debes requirere non solam cognitionem, sed recognitionem, non momentaneam,*

 sed

sed iteratam, continuam, & perpetuam, & perseverantem, & frequenti actu repetitam, & multiplicatam, idque ex verbo recognitio, quod non simplicem cognitionem, sed iteratam, sæpius significat. â que asiente tambien Cervantes *in leg.* 10. *y* 11. *Tauri, num.* 139. ibi: *Dum enim in ea Patris recognitio requiritur, non qualemcumque cognitionem, sed eam tantùm, quæ enixam, seu efficacem Paternam demonstrationem significet, expostulari mihi visum est; ea enim dictio, re, eam vehementem, atque indubitatam cognitionem persuadet, prout ex linguæ latinæ professoribus deprehenditur.*

123. Ex dictis ergo manifestè apparet, que no ha justificado Don Antonio Barba ser hijo natural de el dicho Don Enrique, pues le falta el requisito preciso del reconocimiento, cuyo defecto no se subsana con la escritura, en que Don Enrique Barba le nombrò por successor en el Patronato, llamandole su hijo natural, respecto de que, ni en dicha escritura se nombrò la Madre, que es vna de las circunstancias, que pide la ley del Fuero, ni en ella se contuvo la forma, que segun esta ley debe intervenir en el reconocimiento, ni ay en los autos otro instrumento, por donde conste, que en otra ocasion le huviesse llamado hijo, ni en el interrogatorio *fol.* 335. articulò, que el dicho Don Enrique le huviesse llamado hijo, ni lo depusieron los testigos de su probanza, conque no ay la reiteracion de actos, que pudiera suplir la falta de la solemnidad de la ley, y que con propriedad se pueda llamar reconocimiento.

124. Y aunque algunos testigos de la informacion, que empieza *fol.* 123. dixeron, que si el dicho Don Enrique no huviera muerto tan aceleradamente de vna aplopexia, huviera contraido matrimonio con Doña Monica de Vargas, y el dicho Don Antonio ha alegado, que sino huviera sido repentina la muerte de el dicho Don Enrique, ni huviera muerto ab intestato, le huviera declarado, y reconocido por su hijo natural, se convencen, atendiendo, â que desde Noviembre de 1665. en que por la fee de Bautismo cõsta aver nacido el dicho D. Antonio hasta Mayo de el de 1684. en que por el testimonio del *fol.* 713. se justifica aver muerto el dicho Don Enrique, passaron mas de 18. años, en cuyo tiempo pudo otorgar

su

su testamento, y declararlo por hijo, y contraer matrimonio con la dicha Doña Monica, y el no averlo executado, sin embargo de ser tan temeroso de Dios, como afirman los testigos, persuade la ninguna obligacion, que tenia, pues no es compatible tanta omission con el estimulo de la consciencia en persona tan timorata.

CAPITVLO III.

EXCLVYESE POR OTROS DIFERENTES MEDIOS la filiacion de Don Antonio Barba.

125. AVNQVE LA PRESVMPCION DE EL tratamiento, y demàs, en que funda su excepcion Don Antonio Barba, estuviessen justificadas, y no tuviessen lugar los reparos, que hemos opuesto, no obstante, no avia plena prueba de la filiacion, respecto de que las referidas presumpciones solo constituyen en la quasi possession de hijo, â aquel, â cuyo favor estuvieren justificadas, y en tanto subsiste esta especie de prueba presumptiva, en quanto no se justificàre lo contrario, como lo funda Menochio hablando del tratamiento, *de arbitrar. lib. 2. casu* 89. *num.* 69. con el *cap. Per tuas. de probat. & lib.* 6. *præsumpt.* 53. *num.* 21. *&* 22. y de la fama publica, *prædicto casu* 89. *num.* 86. *& præcitata præsumpt. num.* 43. y generalmente hablando de todas las presumpciones, conque se puede probar la filiacion el señor Castillo *controv. lib.* 5. *cap.* 104. *num.* 5. *vers. Secundò deinde constituo.* ibi: *Dummodo contrarium non probetur. & vers. quinto Constituo.* ibi: *Ex quasi possessione namque filiationis oritur præsumptio, quæ sola sufficit ad obtinendum; licèt ergo per nominationem, educationem, tractatum, famam, & alia similia non probetur verè proprietas ipsa filiationis, præsumptivè tamen probatur, donec adversarius probet contrarium.*

126. Y es arbitrario en el Juez apreciar, ô no estas presumpciones, Menochio *in dicto casu* 89. *num.* 2. *& num.* 103. ibi: *Nam posteà, quàm conjecturis res agitur, multa eius integro, & prudenti iudicio relinquuntur.* & D. Castillo *vbi supr num.* 6. ibi: *Coniecturas, & præsumptiones sufficere, easque in arbitrio Iudicis positas esse.* & ibi: *Non tamen semper, & simpliciter præsump-*

ſumptiones, & coniecturas inducere probationem filiationis, ſed quandoque poni in arbitrio Iudicis. De que ſe infiere por legitima conſequencia, que aunque eſtas preſumpciones ſecundùm ſe, y ſpeculativè conſideradas, ſon ſuficientes para probar la quaſi poſſeſsion de la filiacion, nihilominus, ſi contraidas â algun caſo particular ſe hallaren en èl otras preſumpciones contrarias, que perſuadan la ſupoſicion de la filiacion, y hagan ſoſpechoſos los inſtrumentos, que pudieran conducir para probarla, entonces no tendràn la eficacia, que les conceden los Autores para probar la quaſi poſſeſsion, reſpecto de que para ello las conſideran en abſtracto, y ſin que aya prueba contraria, que las deſvanezca.

127. Veamos, pues, ſi en los autos ay prueba, que deſvanezca las preſumpciones de la filiacion, y que perſuada vna ſoſpecha vehemente de la falſedad, y ſupoſicion de la probanza de Don Antonio Barba; para cuyo intento es preciſo ſuponer, que para probar la ſoſpecha de la falſedad, no ſe neceſsita de prueba cócluyente, ſino baſtan vehementes congeturas, *ex leg. 2. ff. de fide inſtrument. leg. Iubemus. Cod. de probat. cap. Olim ex literis. de reſcriptis. cap. Ex literis. & cap. Inter dilectos. de fide inſtrument. cap. fin. de crimine falſi.* Farinacio *de falſitate. q. 132. num. 1. verſ. Præmittendum.* Auguſtin Barboſa *voto 68. num. 2.* y aunque en materia criminal no ſon ſuficientes las preſumpciones, ſi lo ſon en el juyzio civil, Maſcardo *de probat. concluſ. 739. num.* 4. Farinacio *prædict. q. num.* 10. & Barboſa *vbi ſuprà, num.* 7.

128. Preſupueſto lo referido es innegable, que eſtà probada la ſoſpecha de la falſedad, y ay ſuficiente juſtificacion, de que es ſupueſta la filiacion de D. Antonio Barba, pues vna de las preſumpciones, que hazen ſoſpechoſos los inſtrumentos, es quando en eſtos ſe halla el defecto de eſtàr borradas algunas palabras, añadidas otras, ô entrerenglonadas, vt ita aſſerunt Menochio *de præſumpt. lib. 5. præſumpt. 20.* Genua *de ſcriptura privata. quæſt. 6.* Gayto *de credito. cap. 2. tit. 7. num. 2904.* y Barboſa *prædicto voto num. 3.* en que refiriendo la diſtincion, y diferencia, que ay entre la preſumpcion, que proviene de vicio patente, y viſible, y la que ſe funda en el intrinſeco, y no pa-

tente, ait: *Primæ clasis exemplum est, vbi scriptura, seu instrumentum reperitur apostillatum, seu Cancellatum, vel interlineatum, aut abrrassum.* Y quando la sospecha nace de vicio patente, y visible, se tiene por concluyente prueba la presumpcion de la falsedad, Farinacio *de falsitate, q.* 152. *num.* 14. y esta presumpcion la ay en los autos, pues en la fee de Baptismo de Don Antonio Barba se hallan entrerenglonadas las palabras: *Digo de Don Enrique Barba.* y se esfuerza esta presumpcion, si atendemos, à que ni en estos autos, ni en los que D. Antonio Barba siguiò sobre el Patronato del Convento de la Concepcion de la Ciudad de Carmona, ni en los de la Capellania, que en la Iglesia Parroquial del Señor San Blàs de dicha Ciudad fundò Andrès Martin Castellanos, presentò la fee de Baptismo; y aviendose presentado en dichos autos por parte de Don Gaspar Bonifaz, y alegadose con estension sobre las palabras entrerenglonadas, nada justificò el dicho Don Antonio contra esta presumpcion, como tampoco lo ha hecho en estos autos; y sino reconociera tener este defecto la fee de Bautismo, la huviera sin duda alguna presentado para coadyuvar su pretension.

129. Tambien es presumpcion de falsedad la diversidad de letra, y tinta, que por testimonio, que diò Juan de Perea Guillen, Notario, consta, que ay en las palabras entrerenglonadas, hecho el cotejo de ellas con el demàs contesto de la fee de Baptismo, Menochio *de arbitr. lib.* 2. *casu* 187. *num.* 35. y el señor Gonzales *cap. Inter dilectos. de fide instrument. num.* 8. ibi: *Non solùm si litera recentior est, falsum instrumentum præsumitur, verùm ex diversitate atramenti magna falsitatis suspicio inducitur.*

130. No es menos legitima la presumpcion, que resulta de la contrariedad de los instrumentos, vt patet *ex leg. Scripturæ. Cod. de fide instrument. glos. verbo: Falsa. in cap. In memoriam.* 19. *distinct.* Menochio *cons.* 199. *num.* 16. Farinacio *de falsitate. q.* 153. *ex num.* 121. & cum aliis Barbosa *vbi supr. num.* 30. *& in collectan. ad cap. Imputari. de fide instrument.* y esta contrariedad la ay tambien en los autos, pues ha alegado Don Antonio Barba, y depusieron sus testigos, que es hijo natural de Don Enrique Barba, y de Doña Monica de Vargas: En los autos, que siguiò sobre

la colacion de la Capellania, ni articulò, que era hijo legitimo, ni natural de Don Enrique Barba, ni expressò su Madre: en el poder, que otorgò à Don Gaspar de la Cueva y Davila, para que en su nombre se desposasse con Doña Francisca Juana Gaytan y Cueva, dize, que es hijo legitimo del dicho Don Enrique, y de la dicha Doña Monica; y en la fee de casamiento solo se expressa, que es hijo de D. Enrique Barba, y no se explica, si natural, ô legitimo; y aunque en ocultar en vna ocasion el nombre de la Madre, y expressarlo en otra, ni en dezir solo, que es hijo de Don Enrique, y despues afirmar, que es natural, no ay contradiccion formal; pero es innegable, que la ay en afirmar, que es hijo natural, y legitimo, pues es lo mismo, que dezir, que es, y no es hijo natural, y es, y no es hijo legitimo, que son proposiciones contradictorias, y no pueden ser simul verdaderas.

131. Con estas presumpciones tan vehementes se prueba la sospecha de la suposicion, conque ha procedido Don Antonio Barba en la filiacion, que dize tener, respecto de Don Enrique Barba, y por consiguiente las presumpciones del tratamiento, fama publica, y reconocimiento no pueden causar el efecto, attentis his circunstantiis, de constituirle en la quasi possession de hijo de el dicho D. Enrique; y si es arbitrario en el Juez apreciar, ò no las presumpciones de la filiacion, se deben estas dessestimar de el todo en el caso presente.

CAPITVLO IV.

NO OBSTA LA EXECVTORIA DE LA REAL Chancilleria de Granada, ni la determinacion, que huvo en los autos del ab intestato de Don Enrique Barba.

132. ESCVSADO PARECE, QVE HA SIDO el empeño en persuadir en los capitulos antecedentes, que no ha justificado Don Antonio Barba ser hijo natural del dicho Don Enrique, si ya este punto està decidido, assi por Executoria de la Real Chancilleria de Granada, por la qual se le mandò dar la possession del Patronato, que en el Convento de la Concep-

cepcion de la Ciudad de Carmona fundò Christoval de Baeza Barba, y de diferentes Vinculos, como tambien en los autos del ab inteſtato de Don Enrique Barba ſe declarò por ſu hijo natural el dicho Don Antonio, y deberle tocar la ſexta parte de los bienes, que quedaron por fin, y muerte del dicho ſu Padre.

133. Como, pues, diſputamos de la filiacion de D. Antonio Barba, ſi nos obſta vna Executoria de vn Tribunal ſuperior, que tiene fuerza de ley: *Iuxta. leg. Res indicata. ff. de reg. Iur.* y es tanta ſu autoridad, que como afirman Surdo *conſ. 268. num. 1.* D. Salgado *in labyrint. 3. part. cap. 1. num. 27.* & communiter omnes, *facit de falſo verum, & de albo nigrum*? Y aunque la ſentencia, que ſe pronunciò en los autos del ab inteſtato propriamente no es coſa juzgada, ſin embargo, por no averſe interpueſto apelació, y declaradoſe por cóſentida, tiene el miſmo efecto, como lo funda con eſtenſion citando muchos Textos Civiles, y Canonicos, y varios Autores el Sr. Gonzales *in cap. 7. de ſententia, & re iudicata, n. 7.* ibi: *Illa tamen differentia tunc vertitur, quòd ſententia ſupremi Iudicis, â qua appellari non poteſt, propriè res iudicata dicitur, ſententia verò inferioris Iudicis, à qua appellari potuit, ſi appellatum non fuit, dicitur tranſire in rem iudicatam, ſive in rei iudicatæ autoritatem; quæ differentia verborum eſt, nec tangit effectum ipſius ſententiæ, nam vtroque caſu certum eſt executioni mandari, & ius facere in favorem eius, pro quo lata eſt.* y que de ſu exequibilidad no ſe puede dudar, atendido el Derecho Civil, Regio, y Canonico reſuelve el miſmo Sr. Gonzales *in cap. 15. eodem tit. num. 11. Fruſtra enim eſſet* (vt ait,) *litibus finem imponere, & ſententias proferre, niſi cùm ſunt latæ, & in rem indicatam tranſierunt, executioni mandentur, re ita ad effectum perducta.* lo que es conforme â la naturaleza de la coſa juzgada, ſegun la difiniò el Juriſconſulto Modeſtino *in leg. 1. ff. de re iudicata.* vbi hæc protulit verba: *Res iudicata dicitur, quæ finem controverſiarum pronuntiatione Iudicis accipit.*

134. Me non latet la fuerza, que tiene la coſa juzgada; pero eſto ſe entiende reſpecto de los que litigaron, vt ita D. Gonzales *in prædicto cap. 7. num. 8.* ibi: *Secundò, quòd ad ipſos litigantes attinet, res indicata iis, qui ſententia comprehenſi ſunt, & adversùs quos ea ſolemniter dicta eſt, nocebit, atque hactenus ius faciet, vt pro veritate habeatur, adversùs alios ius non faciet.*

ciet. y es incontrovertible, *quòd rès inter alios acta, aliis non nocet.* D. Salgado *de Regia, 4. part. cap.* 8. *num.* 19. D. Larrea *decis.* 77. *num.* 16. el señor Olea *de cessione Iurium. tit.* 3. *q.* 12. *num.* 14. *& tit.* 4. *quæst.* 6. *num.* 33. y el señor Gonzales, que deduce esta conclusion *ex cap.* 25. *de sententia, & rè iudicata.* comprobandola con varios textos, y Autores, que recopila, respecto de lo qual, no aviendo litigado Don Antonio Laso en los autos, sobre que recayò la Executoria, ni en los del ab intestato, no le pueden perjudicar las expressadas sentencias.

135. Præterea en aquellos autos no se tuvo presente la sospecha, que resulta de la fee de Baptismo, por no averse esta presentado, ni la contrariedad de averse en vnas ocasiones llamado Don Antonio Barba hijo natural, y en otras legitimo; y aunque en el testimonio, que se ha presentado de los autos del ab intestato se dize, que el dicho Don Antonio hizo informacion de ser hijo natural de el dicho Don Enrique, no se expressa lo que depusieron los testigos, conque no consta, si se justificò el tratamiento especifico, y los demàs requisitos en la conformidad, que se deben probar por Derecho, por cuyo motivo, atendiendo â los instrumentos, que se han presentado en estos autos, y no se tuvieron presentes en aquellos, no se pueden estender â el presente litigio la Executoria, ni la sentencia, que pronunciò el Assistente de la Villa de Marchena: *Quia omnis dispositio* (vt ait D. Salgado in labyrint. 3. part. cap. 1. num. 89.) *gesta sub aliqua causa, quæ supponitur à gerente vera, si detegatur falsa, , resolvitur, & nulla redditur ex defectu consensus, quem Iudices ad actum non accomodassent, si cognoscerent causam esse falsam.* y nunca comprehende la sentencia lo que no se deduxo, ni de ello se tomò conocimiento: D. Salgado *prædicto cap.* 1. *num.* 4. *& de Reg.* 4. *part. cap.* 9. *num.* 8.

136. Estas son reglas generales, que militan, y tienen lugar en qualquier sentencia, respecto de los que no litigaron; pero hablando intra subiectam materiam de la sentencia pronunciada â favor de aquel, que como hijo legitimo, natural, ô espurio pretendiere alimentos, la herencia de su Padre, algun Patronato, ô Mayorazgo, no ay la menor duda, en que la determinacion, que huviere en

aquel

aquel juyzio, no perjudica, ni puede obſtar, para que deſpues ſe diſpute en quanto â la filiacion, como lo reſuelve el Juriſconſulto Vlpiano *in leg. penult. ff. de his, qui ſui, vel alieni iuris ſunt*, en que ſe propone la eſpecie de vn hijo, que pidiò alimentos à ſu Padre, eſte opuſo por excepcion, que no era ſu hijo, y no obſtante el Juez mandò, que ſe le dieſſen alimentos: ſe pregunta, ſi deſpues ſe podia diſputar de ſu filiacion? à que reſponde el Juriſconſulto: *Dicendum eſt, de veritate quærendum, filius ſit, an non; neque enim alimentorum cauſa veritati facit præiudicium.*

137. Con eſta ley, y con la *ley: Siquis à liberis. §. Si vel Parens. ff. de liberis agnoſcendis.* diſtinguen los Autores entre la ſentencia, que ſe pronunciò *principaliter* en la cauſa de filiacion, y la que ſolo ſe pronunciò *incidenter* en vn juyzio poſſeſſorio de alimentos, û otro ſemejante; en el primer caſo reſuelven, que cauſa derecho; pero no en el ſegundo, en que no ſe extiende la ſentencia â otro litigio, que ſe moviere, y ſolo ſe limita, â aquel, que ſe decidiò, Menochio *lib. 6. præſumpt. 53. num. 49.* & cum aliis D. Caſtillo *controv. lib. 5. cap. 104 num. 21.* ibi: *Si ſententia fuit lata principaliter ſuper ipſa filiationis cauſa, ſecùs verò ſi fuit pronuntiata in iudicio aliquo poſſeſſorio, vel præſtationis alimentorum, & ſimili, nam tunc ſententia hæc non facit ius in cauſa principali filiationis, ſed ſolùm quoad caſum illum.* de que ſe infiere, que ni la Executoria de la Real Chancilleria de Granada, ni la ſentencia, que ſe pronunciò en los autos del ab inteſtato de Don Enrique Barba, le favorecen â D. Antonio Barba en el caſo preſente, pues en aquellos autos no deduxo *principaliter* la filiacion, ſino *incidenter*, pretendiendo en los de la Executoria el Patronato, como hijo de D. Enrique Barba, y en los del ab inteſtato la herencia.

138. De las dos referidas leyes ſe deduce vna replica, de que nos debemos hazer cargo, pues en rigor parece, que hablan en caſo, de que no ſe aya tomado pleno conocimiẽto de la filiacion, y ſe aya procedido *ſummariè*, como lo dà â entender la *gloſ. in dict. leg. penultim.* ibi: *Iudex tamen ſummatim alimenta ei decrevit.* y la citada *ley: Siquis à liberis. §. Si vel Parens.* ibi: *Summatim Iudices oportet ſuper ea re cognoſcere.* y en los autos del Patronato, y del ab inteſtato ſe ſiguiò vn juyzio plenario, en que ſe puſo la demanda,

y se contestò, se recibiò à prueba, y se substanciò en la misma conformidad, que si principaliter se huviera intentado la filiacion: ergo no milita en el caso presente la disposicion de estas leyes, ni la resolucion de los Authores.

139. La solucion me la ofrece el señor Castillo *in prædict. cap.* 104. *à num.* 22. donde excita la question, vtrùm scilicet obste la cosa juzgada, que se pronunciò en vn juyzio de alimentos, que pidiò vn hijo legitimo, natural, ô espurio, quando plenariè actum, & cognitum fuit con la misma solemnidad, que se podia seguir el litigio sobre lo principal de la filiacion, y cause derecho para otro juyzio, que se siga sobre herencia, ò succesion de Vinculo con la misma persona, con quien litigò el hijo, ò con otra distinta?

140. Al *num.* 23. propone algunos fundamentos, que pudieran favorecer â la opinion afirmativa, y no obstante resuelve lo contrario *num.* 44. y dize, que no obsta la sentencia pronunciada en aquel litigio, cuyo dictamen persuade por varios medios, que vno de ellos es *num.* 40. *versic. Pro contraria itaque parte.* que las dos referidas leyes no distinguen, si se procediò *summariè*, ò *plenariè*; otro *versic. Deinde & secundo.* que para que obste la excepcion rei iudicatæ, deben concurrir *copulativè* tres requisitos, scilicet, la identidad de las personas, de la materia, sobre que se trata, y litiga, y de la causa: los quales no se pueden verificar, quando despues se litigàre otro juyzio, sobre alguna herencia, ò succesion de Mayorazgo, con las mismas personas, con quienes se litigò antecedentemente, ò con otras, pues si se siguiere con las mismas, no ay la identidad de la materia, que se controvirtiò; y si fuere con otras, falta tambien la identidad de personas: ecce eius verba: *Nam si is, qui super alimentis obtinuit, & sententiam pro se habuit, postmodum super hæreditate, aut maioratus succesione, litem moverit, sicque filiationis causam principaliter deducat, & contra alium, non contra eum, contra quem in iudicio alimentorum obtinuit, actionem suam dirigat, vt potè, si mortuo eo, quem super alimentis ipsis convenerat, super succesione maioratus, quem ipse posidebat, aut hæreditate eiusdem, experiatur, vel etiam alterius (in hoc differẽtia non est) tunc equidem rei indicatæ auctoritas nocere, aut prodesse non potest, vt potè cùm nec re-*

rum

rum identitas detur, quia tunc ſuper alimentis agebatur, nunc verò ſuper ſucceſsione lis movetur; nec etiam perſonarum, quia contra alium ſuper hæreditate, aut ſucceſsione lis excitatur: ſi verò contra eundem, adhuc etiam eiuſdem ſententiæ ſuper alimentis ius, & effectus extẽdi non poteſt ad cauſam ſucceſsionis, cùm nec etiam rerum identitas detur; aliud enim eſt ſuper alimentis litem proſequi, & obtinere, aliud verò ſuper ſucceſsione litigare, idque maximè quando perſonarum identitas non datur, ſed perſonæ diverſæ interveniunt.

141. Con authoridad tan apreciable buelvo â afirmar ſin el menor rezelo, que no obſta la Executoria de la Real Chancilleria de Granada, ni la determinacion, que huvo en los autos del ab inteſtato de Don Enrique Barba, en que ſolo incidenter ſe deduxo la filiacion, en cuyo caſo hablan las dos citadas leyes ſin diſtinguir, *an ſummariè, aut plenariè actum ſit*; y en que no litigò Don Antonio Barba con Don Antonio Laſo, por cuyo motivo no ay la identidad de perſonas; y aviendoſe ſeguido aquellos autos, en que recayò la Executoria ſobre el Patronato del Convento de la Concepcion de la Ciudad de Carmona, y otros Vinculos, penitùs diverſos de los de eſte litigio, y los del ab inteſtato, ſobre la herencia de Don Enrique Barba. Tampoco ay la identidad de la coſa, ſin embargo de que vna, y otra pretenſion la deduxeſſe el dicho Don Antonio, como hijo natural del dicho Don Enrique, y en eſtos autos pida por el miſmo titulo, pues no obſtante, no concurren copulativè las tres identidades, que ſon precifas, para que obſte la coſa juzgada.

CONTROVERSIA III.

INQVIERESE, QVIEN SEA EL IMMEDIATO Succeſſor de eſtos Vinculos.

CAPITVLO PRIMERO.

NO LO ES D. ANTONIO BARBA, POR ESTAR excluìdo de la ſucceſsion de ellos.

142. EL FIN DE LA CONTROVERSIA antecedente ha ſido perſuadir, que D. Antonio Barba no ha juſtificado ſer hijo natural de D. Enrique Barba, cuya filiacion ſupone para pretender, que co-

mo

mo à immediato succeſſor ſe le encargue la adminiſtracion de eſtos Vinculos; pero reſpecto de que para que tenga lugar la preſente Controverſia en las circunſtancias de hijo natural, deſcendiente de el Fundador, que litiga con tranſverſal legitimo del dicho Fundador, es preciſo conſiderar à el dicho Don Antonio hijo natural del dicho Don Enrique, omitimos eſte ſupueſto gratia defendendi: Quid ergo Iuris? Siendo el dicho Don Antonio hijo natural de el dicho Don Enrique, ac proinde deſcendiente de los Fundadores de eſtos Vinculos, debe ſer preferido en la ſuceſsion de ellos à Don Antonio Laſo, que aunque legitimo es tranſverſal, reſpecto de los Fundadores? minimè quidem, por tener el dicho Don Antonio Barba vna omnimoda, y abſoluta excluſion para ſucceder en ellos.

143. Eſta propoſicion es æternæ veritatis atendiendo à la naturaleza de los Mayorazgos, y orden regular de ſucceder en ellos, pues ex ſe excluyen à los hijos naturales, y eſtos no ſe conſideran de la linea recta para la ſuceſsion, vt patet *ex leg. 2. tit. 15. part. 2.* ibi: *Si dexaſſe fijo, ò fija, que hovieſſe de ſu muger legitima, que aquel, ò aquella lo hovieſſe, è non otro ninguno. leg. 40. Tauri, que es la 5. tit. 7. lib. 5. Recop.* ibi: *Si el tal hijo mayor dexàre hijo, ò nieto, ò deſcendiente legitimo:* & paulo poſt; *de manera, que ſiempre el hijo, y ſus deſcendientes legitimos. leg. 11. tit. 7. lib. 5. Recop.* ibi: *Pero todavia, que las ayan por Mayorazgo, y finquen à el hijo legitimo mayor de cada vno de ellos, y ſi muriere ſin hijo legitimo, que tornen ſus bienes del que aſsi muriere à la corona de los nueſtros Reynos.* Roxas *de incompatib. p. 1. cap. 6. num. 106.* Noguerol *alleg. 9. num. 24. & 25.* Flores Diaz de Mena *variarum lib. 1. q. 16. §. 1. num. 13.* D. Solorzano *in Polit. lib. 3. cap. 19. verſ. De donde viene. & de Iure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 17. num. 16.* Garcia *de Benef. part. 7. cap. 15. num. 50.* Mieres *de Maiorat. 2. part. q. 2. num. 1.* D. Molina *de primog. lib. 1. cap. 4. num. 49.* & D. Caſtillo *controv. lib. 5. cap. 67. n. 31.*

144. Procede tambien eſta regla en los hijos legitimos, que deſcienden de naturales, por proceder de raiz infecta, y comprehenderles la excluſion de ſus Padres: Roxas *vbi ſupr. num. 110.* D. Caſtillo *prædict. cap. 67. & num. 31. verſ. Et hactenus. & lib. 5. controv. cap. 103.* donde

ex

ex professo toca la question, vtrùm puedan succeder los hijos, y descendientes legitimos de hijos naturales en los Mayorazgos, en que sus Padres no succedieran, si vivieran, y defiende la opinion negativa con eficaces, y sòlidos fundamentos, de cuyo dictamen es tambien Noguerol *alleg. 9. num. 26.*

145. Ni se comprehenden los hijos naturales en el nombre, y llamamiento generico de hijos, por cuyo motivo, como no conste lo contrario de la voluntad de el Fundador, no se admiten à los fideicommissos, en que son llamados *simpliciter* los hijos, y mucho menos en los Mayorazgos de España, que tienen nombre, y calidad honorifica; vt ita affirmant D. Solorzano *in Polit. Indiana lib. 3. cap. 19. vers. De donde viene. & sequenti, & de Iure Indiarum tom. 2. lib. 2. cap. 17. num. 12.* Fulario *de substitut. q. 314. num. 1.* D. Molina *de primog. lib. 3. cap. 3. à num. 43. vsque ad 45.* vbi cum aliis quàm plurimis Additionatores *vers. Et adversùs naturales.*

146. Tampoco se comprehenden los hijos naturales ex natura maioratus en el llamamiento de parientes, ò descendientes: Roxas *præcit. cap. 6. num. 111. & 112.* y los Addicionadores del señor Molina *lib. 3. cap. 3. super num. 41. vers. Primo in vocatione propinquorum.* y solo succederàn los hijos naturales, quando absolutè faltan todos los parientes del Fundador, pues entonces ex verisimili Testatoris volũtate pueden succeder por obviar el inconveniente, de que se extinga el Vinculo, que el Fundador quiere, que sea perpetuo, y que se conserve su memoria, nisi aliud appareat ex eius dispositione: Flores Diaz de Mena *in dict. q. 16. §. 2. num. 8.* Roxas, *vbi supr. num. 128.* & D. Castillo *lib. 5. controv. cap. 82. num. 49. & cap. 143. §. vnico, num. 8.*

147. La razon formal, que ay para esta exclusion de los hijos naturales, consiste, en que el fin, que tienen los Fundadores para fundar los Mayorazgos, es la conservacion del lustre, y explendor de su casa, y familia, lo que no se consigue por medio de los hijos naturales; pues aunque por costumbre de estos Reynos gozan de la nobleza de sus Padres, esta es limitada por lo respectivo, à que se consideren hidalgos; pero ay gran diferencia de

ellos â los legitimos, D. Solorzano *de Iure Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 10. Flores Diaz de Mena *prædict. q.* 16. §. 1. *num.* 14. *&* 37. ibi: *Ad aliud de nobilitate naturalium respondetur, quòd licèt naturales ex Hispana consuetudine nobilitate Parentum, quoad tributa, potiantur, in aliis tamen, & existimatione inferiores sunt, aliis nobilibus, neque æquales eis iudicantur, certè ipsi non bene, & perfectè, sed diminutè nomen generis conservant, & per consequens, non militat omnino in eis eadem ratio, quæ in legitimis.* y en tanto grado no se deben igualar con los legitimos, que ni aun deben sentarse à la mesa con ellos, como afirma el señor Solorzano *prædict. cap.* 17. *num.* 17. y â el *num.* 18. dize, que si alguna ley igualàra à los hijos naturales con los legitimos, fuera iniqua, *cùm non debeat habere plus, immo nec tantùm luxuria, quàm castitas.*

148. Y no pueden traer el Apellido, y Armas de la familia, porque con propriedad no son de la agnacion, y linage del Fundador: D. Solorzano *in Polit. Ind. lib.* 3. *cap.* 19. *versic. De donde viene.* D. Molina *de primog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 46. *&* 47. y sus Addicionadores, *lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 41. *versic. Primò, quia cùm præcipuus maioratus finis.*

149. No comprehendiendose los hijos naturales en el llamamiento generico de hijos, potiori titulo deben ser excluìdos, quando el Fundador expressamente llama à sus hijos, y descendientes legitimos; Menochio *lib.* 4. *præsumpt.* 78. *num.* 67. & cum aliis los Addicionadores del señor Molina *vbi supr. versic. Quarta.* ibi: *Vbi filii legitimi, sive descendentes legitimi vocati sunt, in quo casu sine vlla controversia excluduntur naturales; nam ex verborum formula apertiùs ratio exclusionis in comperto est.* y procede esta exclusion, aunque solo en vna parte del testamento se haga mencion de hijos legitimos, y en otra de hijos sin la expresion de legitimos, lo que fundan, citando muchos Authores, prædicti Additionatores, *vbi supr. versic. Idque procedit.* y en el *versic. Hoc fortius.* afirman, que con mayor razon son excluìdos los hijos naturales, quando en la disposicion sæpiùs se repite la qualidad de legitimos: circunstancias, que se verifican en la fundacion de estos Vinculos, en que son llamados los hijos, y descendientes legitimos, repitiendose esta qualidad en todos los llamamientos, por cuyo motivo debe ser excluìdo Don Antonio Barba.

Ex.

150. Ex alio capite debe tambien ser excluìdo, pues no solo ay en los llamamientos la repeticion expressa de legitimos, sino la clausula: *Con tanto, que sean legitimos.* y aunque esta diccion: *Con tãto*, ex se, & ex propria sui natura haze la disposicion modal, vt ita Augustinus Barbosa *de diction. vsufrequent. dict. Dummodo. num.* 2. P. Molina *de Iust. & iur. tom.* 3. *disput.* 616. *num.* 6. & D. Castillo *lib.* 8. *de aliment. cap.* 36. §. 1. *num.* 84. y para reconocer, si contraida à algun caso particular, induce modo, ò condicion, se debe atender, à si se pone antes, ò despues de la disposicion perfecta; y si se pone en la misma disposicion, ò mira solo â la execucion, lo que explica el mismo Barbosa *prædict. dict. à num.* 3. P. Molina *de Iust. & iur. tract.* 2. *disp.* 208. *num.* 4. *y* 5. & D. Molina *de primog. lib.* 2. *cap.* 15. *à num.* 28. lo cierto es, que sive sea modo, ò condicion, ratione subiectæ materiæ, se debe observar, & aliter serà de ningun valor, y efecto, lo que se executàre, Barbosa *vbi supr. num.* 8. ibi: *Illud observandum est, quòd sive ista dictio faciat modum, sive conditionem, semper requiritur, quòd adimpleantur ea, quibus ista dictio adiungitur, aliàs si non interveniunt, actus corruit, nec consequitur effectum.*

151. Conque para que Don Antonio Barba succediesse en estos Vinculos, debia ser hijo legitimo, por deberse verificar en el successor la qualidad, que se expressa en los llamamientos, Menochio *cons.* 97. *lib.* 1. *num.* 103. Gutierrez *cons.* 1. *num.* 15. & *cons.* 2. *num.* 5. & D. Castillo *controv. lib.* 5. *cap.* 90. *num.* 11. ibi: *Et vt generaliter dixerim, cùm Testator ad sui successionem sub aliqua qualitate vocationes, ac substitutiones facit, qui contendit, se ad successionem admittendum forè, duo probare debet, & quod habeat requisitam à Testatore qualitatem, & quòd ipse eorum vnus est, quos Testator vocavit.* y no teniendo esta qualidad, debe sin duda alguna ser excluìdo, y por consiguiente, si se le diera la possession de estos Vinculos, fuera esta de ningun efecto, por deber preceder à ella, que se verifique en el successor la qualidad de legitimo.

152. Sin que obste, que la clausula: *Con tanto, que sean legitimos.* solo se expresse en la fundacion de Pedro de Marchena, en la de Maria Santaella, su muger, y en la de Salvador de Marchena; pero no en el Vinculo, que fun-

fundò Doña Bernardina de Rueda, respecto de que dispuso esta Fundadora, que se agregassen los bienes de el Vinculo, que fundaba,à el de el dicho Salvador de Marchena, y que succediessen en èl los llamados à el otro en la misma forma, y orden, que en èl se contienen, cuya disposicion es suficiente, para que se ayan de verificar en la succession de este Vinculo las mismas condiciones, del mismo modo,que si las huviera expressado,vt ita probant D. Molina *de primog. lib.* 1. *cap.*26. *num.*3. *versic. Quod.* Garcia *de expens. cap.*22. *num.*6. Mieres *de maiorat.* 2.*part.quæst.* 5. *num.* 10. & 3. *part. quæst.* 8. *per totam*, P.Molina *de Iust. & Iure. disp.* 642. 643. y 644. & D. Castillo *controv. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 10. ibi: *In primo casu præmittendum est, quòd maioratus possessor, si antiquo maioratui bona propria libera adiunxerit, sive novum maioratum instituens, præcipiat, quòd in illo succedatur, sicut in antiquo, hoc quidem sufficere, quàmvis nullas alias ponat conditiones, nec aliud exponat, nam cùm relatum sit in referente cum omnibus qualitatibus suis, perinde haberi debet, ac si antiqui maioratus conditiones specificè relatæ, aut expressæ fuissent, nec aliter eas referre, aut exprimere necessarium est*: Lo que repite *num.* 12. y funda vsque *ad num.* 16.

153. Esta exclusion, que se ha fundado, parece, que solo puede subsistir en los Vinculos, que no fueren de tercio, y quinto; pero no en los que fueren de esta calidad, por deverse succeder en ellos segun el orden, que previene la ley 27. de Toro, en que à falta de descendientes legitimos, se substituyen los ilegitimos: respecto de lo qual dize Don Antonio Barba, que no aviendo descendiente legitimo de Pedro de Marchena, y demàs Fundadores, le tocan, y pertenecen estos Vinculos; insurgit ergo difficultas: en los Vinculos de tercio, y quinto deben los Fundadores llamar à los hijos naturales à falta de los legitimos, de calidad, que aunque no los llamen, deben no obstante succeder por la substitucion de la ley, ò pueden no llamarlos, immo potiùs excluirlos? Esta es la precipua, y principal dificultad de este litigio, de que me harè cargo, y resolverè à favor de Don Antonio Laso en los Capitulos siguientes.

CA-

CAPITVLO II.

AUNQUE EL VINCULO SEA DE TERCIO, Y QUINTO, no està obligado el Fundador à llamar à los hijos naturales.

154. DA MOTIVO A LA DIFICULTAD propuesta la ley 27. de Toro, que es la 11. *tit. 6. lib. 5. Recop.* en que se dispone, que el Padre, ò la Madre en la mejora de el tercio, que hizieren à alguno de sus hijos, ò descendientes legitimos, puedan poner el gravamen, que quisieren, y hazer las sumisiones, y substituciones, que quisieren, *con tanto que* (prosigue la ley) *lo hagan entre sus descendientes legitimos, y â falta de ellos, que lo puedan hazer entre sus descendientes ilegitimos, que ayan derecho de les poder heredar, y â falta de los dichos descendientes, que lo puedan hazer entre sus ascendientes, y à falta de los susodichos, puedan hazer las dichas sumissiones entre sus parientes, y à falta de parientes entre los estraños, y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho tercio.*

155. En estas palabras previene esta ley el orden de las substituciones, y llamamientos, que debe tener el Vinculo de tercio; en quanto à los descendientes legitimos, es incontrovertible, que precisamente se deben substituìr; pero por lo que toca à los ilegitimos, ascendientes, y transversales, en que la ley se explica con la palabra *puedan*, se excita la duda entre los Authores, si es merè permissiva; de suerte que el Padre, y la Madre puedan, si quisieren, hazer estos llamamientos, ò si estàn obligados à ello?

156. Con variedad discurren los Authores: vnos dizen, que el orden de la ley se debe observar, como forma, por quanto vsa de la palabra *con tanto*, y de la clausula irritante, *y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno*, por cuyo motivo afirman, que no aviendo descendientes legitimos de el Fundador deben succeder los hijos naturales en los Vinculos de tercio, aunque no estèn llamados en la fundacion, por tener substitucion legal, y excluìr à los ascendientes, y transversales: de esta opinion es Noguerol *alleg. 25. à num. 94. & num. 111. in fine*, re-

fiere vna Executoria de el Real Cõsejo de Castilla à favor de Don Diego de Zuñiga, que litigò con la Marquesa de Flores Davila, y sin embargo de aver sido hijo natural, se le diò la tenuta de los Mayorazgos de tercio, y quinto, fundados por sus ascendientes, defendiẽdole este Author.

157. Tambien son de parecer, que se debe observar el orden de la ley D. Molina *de primog. lib. 2. cap. 11. num. 12. & cap. 12. num. 55.* D. Vela *Dissert. 49. num. 32. versic. Sed. etsi.* P. Molina *de Iust. & Iur. tract. 2. Disp. 158. num. 9. in fin.* D. Larrea *Decis. 32. num. 48.* Mieres *de Maiorat. in init. 1. p. num. 11. & 2. part. q. 6. num. 25.* Gutierrez *pract. lib. 3. q. 52.* en que funda, que el Padre, quando mejora en el tercio à su hijo, no puede hazer substitucion pupilar, por ser contra lo dispuesto en la ley 27. de Toro, *& q. 53.* en que resuelve, que el orden de la ley se debe observar en los ilegitimos: Roxas *de incompat. part. 1. cap. 6. num. 125.* en que habla de el Vinculo de tercio, fundado sin facultad Real, *& num. 126.* en que afirma, que aunque se funde en virtud de facultad, se debe preferir el hijo natural à los ascendientes, y colaterales, *& part. 7. cap. 1. à num. 34.* donde mueve la question de la incompatibilidad de dos Mayorazgos de tercio, quien ha de succeder en caso, que solo aya vn descendiente legitimo, y otro natural, ò que compita vn natural con vn ascendiente? Resuelve, que segun el orden de la ley cada vno en su grado debe posseer ambos Mayorazgos, por no poderse invertir este orden.

158. De el mismo dictamen son Cifuentes *in prædict. leg. 27. & in leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recop.* Azevedo *num* 44. el S. Castillo *controv. lib. 2. cap. 7.* en que resuelve, que si el Fundador en la mejora del tercio no observàre en los llamamientos el orden de la ley, subsiste la mejora; pero se debe regular la succesion segun el orden de la ley; *eodem lib. cap.* 30. vbi ex professo toca la question, si el orden de la ley se debe observar no solo en los llamamientos de los legitimos, sino tambien de los ilegitimos, y resuelve, que sì, *lib. 3. cap. 11. à num. 5. lib. 4. cap. 56. à num. 22.* en que funda no deberse observar el orden de la ley en los Mayorazgos, que se fundan en virtud de facultad Real; pero sì en los de el tercio, que se fundan

sin

ſin ella, *lib. 5. cap. 98. num. 2. y 6. cap. 128. num. 3. verſic. Vt autem evidentiùs. & num. 13. & cap. 142. num. 11.*

159. Otros Authores proceden con diſtincion, y como la ley à falta de los legitimos, no ſolo ſubſtituye à los ilegitimos, ſino que añade, *que ayan derecho de les poder heredar*, regulan eſta ſubſtitucion en el Vinculo de tercio, por el derecho, que tienen los hijos ilegitimos en la ſuceſsion de la herencia de ſus Padres, que conſiſte, en que los hijos naturales, y eſpurios, que no ſon de dañado, y punible ayuntamiento, ni de Clerigos, ò Religioſos, ſon herederos forzoſos de la Madre, aunque eſta tenga aſcendientes legitimos, como no tenga hijos, ni deſcendientes legitimos, *ex leg. 9. Tauri*, que es la 7. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* lo que no ſe verifica reſpecto de el Padre, pues, aunque eſte puede en caſo, que no tenga hijos legitimos, inſtituìr por ſus herederos à los hijos naturales, ſin embargo, de que tenga aſcendientes legitimos, vt patet *ex leg.* 10. *Tauri*, que es la 8. *tit* 8. *lib.* 5. *Recop.* no obſtante, no ſon herederos forzoſos los hijos naturales reſpecto de el Padre.

160. Preſupueſta eſta diferencia, que ay en la ſuceſsion de la herencia, dize Angulo *de meliorat. in leg.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. gloſſ.* 7. *verſic. Mihi.* que en la mejora de el tercio, que hiziere la Madre, debe preciſamente ſubſtituìr à los hijos naturales; pero que no tiene eſta obligacion el Padre, y que le es abſolutè libre el llamarlos, ò nò, y haziendoſe cargo de la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* en que ſe previene, que los aſcendientes legitimos ſuccedan ex teſtamento, y ab inteſtato à ſus deſcendientes en caſo, que los dichos deſcendientes no tengan hijos, ò deſcendientes legitimos, *ò que ayan derecho de los heredar*, ait ita *prædicto verſic. Mihi videtur difficultatem verſari in intellectu horum verborum, que ayan derecho de les poder heredar, quæ non ſunt omnino ſimilia verbis d. L. 1. ibi: Enim ſolùm dicitur, que ayan derecho de los heredar, vt ſolùm comprehenderet illegitimos reſpectu Matris, qui etiam Matre nolente, & etiam ſtantibus aſcendentibus, ſunt hæredes neceſſarii in defectum legitimorum; hæc verò lex aliter loquitur, que ayan derecho de los poder heredar, quibus verbis complexa eſt neceſsitatem vocandi in eo, qui neceſſarius eſſet in verbis, que ayan derecho, & complexa eſt etiam poſsibilitatem in eo, qui erat voluntarius in verbis, poder*

here-

heredar: vt sit sensus, quòd non stantibus legitimis, vocentur illegitimi ad substitutionem tertii, eo modo, & ordine, quòd ipsis competit ius succedendi ad cuius Iuris succedendi normam; & æquiparationem lex voluit regulari hanc vocationem, seu substitutionem in tertio, atque ita filius naturalis, vel spurius respectu Matris necessariò vocandus est, quia eius successio necessaria est; filius autem naturalis respectu Patris voluntariè vocandus est, scilicet si Pater velit, quia eius successio voluntaria est.

161. En el mismo sentido explican las palabras de la ley 27. Castillo verbo *à falta*, ibi: *Scilicèt legitimorum descendentium possunt filii, vel nepotes illegitimi in tertio substitui, intellige de illegitimis, qui possunt hæredes institui, vt sunt naturales, hi verò habent ius succedendi in bonis maternis ex testamento, vel ab intestato, exclusis ascendentibus, & sicut hi debent institui in legitima, ita debent in tertio substitui, si in eo fiat substitutio à Testatore:* Palacios Rubios *in dict. leg. 27. num.* 45. y 46. ibi: *Aut melioratio tertiæ fuit facta à Matre, & tunc deficientibus filiis ex legitimo Matrimonio natis, etsi ascendentes Testatoris supersunt, potest Mater filio meliorato gravamen imponere, quòd dicta tertia veniat in filium naturalem, seu spurium, quia, vt diximus, spurius est Matri successibilis: aut Pater fecit dictam meliorationem tertiæ partis bonorum, & non potest gravare filium melioratum, quòd tertiam meliorationis restituat filio spurio in quemcumque eventum, etsi deficiant ascendentes, quia filius spurius, nil præter alimẽta potest capere ex bonis Patris, vt dictum est; aut erat filius naturalis tantùm, & tunc deficientibus filiis, & aliis ex legitimo Matrimonio descendẽtibus, etiam si ascẽdentes starent, potest filiusślioratus gravari, quòd restituat dictam tertiam filio naturali, quia filius naturalis est Patri successibilis ex testamento, etiam stantibus ascendentibus.* En el num. 51. y 52. toca la question de si serà valido el gravamen, que se impusiere en la mejora del tercio, substituyendo vn ascendiente à falta de descendientes legitimos, aunque el Testador tenga hijos naturales, y la resuelve con la misma distincion, de que es valido en la mejora, que hiziere el Padre; pero no en la de la Madre.

162. De el mismo parecer es Matienzo *in leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. gloss. 5. & 6. num* 1. ibi: *Nota, quòd filii naturales tantùm præferuntur in substitutione meliorati ascendentibus, quia filii naturales sunt Patri successibiles ex testamento,*

etiam

etiamsi ascendentes supersint. Y aunque *glos.* 9. exponiendo aquellas palabras, *ni condicion en el dicho tercio*, dixo *num.* 1. *verba hæc denotant ordinem, & formam, qua deficiente non valet, sed reiicitur de melioratione gravamen.* Esto se debe entender en los descendientes legitimos, que absque dubio, se deben substituìr, y en los ilegitimos respecto de la Madre; pero no de el Padre, aliter enim se implicàra este Author, pues regulando la preferencia por las reglas de la succesion ex testamento, no es compatible, que à el mismo tiempo dixera, que el Padre debia llamar los hijos naturales.

163. Sigue esta opinion Tello Fernandez; exponiendo la referida ley 27. de Toro à num. 11. y à el num. 12. propone vna especie, conque persuade la ninguna obligacion, que tiene el Padre de substituìr los hijos naturales à falta de los descendientes legitimos, y la deduce de las mismas palabras de la ley, ibi: *Vnum notate, quòd secundùm contexturam huius legis oritur difficultas, quæ eget declaratione: in principio enim inquit, con tanto, q̃ lo hagan entre sus descendientes, hic præcipiendo loquitur lex, & sic quòd in substitutione precisè vocandus est descendens Testatoris legitimus; his verò deficientibus lex iam non definiendo, nec præcipiendo, sed voluntati donantis relinquit*, ibi: *Y à falta de ellos, que lo puedan hazer entre sus descendientes ilegitimos: hoc enim verbum* poteft *non inducit necessitatem, sed voluntatem, & secundùm hoc, saltèm in Patre, qui non tenetur naturalem instituere, difficile videtur, vt præcisè contra voluntatem eius teneatur eum in tertio substituere.*

164. Confirma el mismo intento con otro discurso, que haze, de que el tercio es legitima, y no teniendo derecho alguno à ella el hijo natural, tampoco lo puede tener, à que precisamẽte se le aya de substituir en la mejora de el tercio; con cuyos fundamentos, aunque dize, que conviene observar el orden de la ley, le haze notable dificultad, y confiessa, que no percibe la razon, y motivo, que pudo aver para su establecimiento.

165. Haziendome cargo de estos dos fundamentos, y atendiendo con reflexion à las opiniones propuestas, tiene mayor probabilidad intrinseca, *meo videri*, la que concede libertad à el Padre para llamar, ò no à sus hijos naturales, respecto de que la palabra *puedan* ex se no in-

duce necessidad, y esto lo confiessa el Señor Castillo, aunque es de la opinion contraria, *controv. lib. 5. cap. 114. num. 14.* ibi: *Secundò deinde, atque principaliter observandum est, quòd verbum potest sui natura voluntatis est, & non necessitatis, & sic ex propria significatione denotat potentiam, facultatem, & libertatem aliquid faciendi, non autem obligationem, sive necessitatem*: lo que funda con muchos textos, y Authores, que refiere: Ergo si la ley procediera con el mismo rigor en la substitucion de los hijos naturales, que en la de los legitimos, assi como hablando de estos, se explica con palabras, que inducen necessidad, ibi: *Con tanto, que ayan de*, vsàra de las mismas, û otras equivalentes para los naturales.

166. No tiene menor eficacia el argumento, de què el tercio es legitima, pues no solo lo es, sino que la razon formal, que huvo para establecer la referida ley, fuè considerar, que el tercio es legitima de los hijos: esta proposicion la conceden los Authores de la opinion cõtraria; D. Molina *de primog. lib. 2. cap. 11. num. 14. versic. In contrarium.* ibi: *Secundò, quia in d. l. 27. Tauri assignatur prædictus ordo ex eo, quòd tertium, de quo in ea disponitur, sit legitima filiorum*: el Padre Molina *de Iust. & Iur. tract. 2. disp. 609. num. 6.* ibi: *Quoniam id tertium est legitima comparatione filiorum, eaque de causa noluit lex illa concedere Vinculum, & maioratus institutionem in eo tertio, nisi sub eo onere, vt servaretur ordo ille*: el Señor Castillo *controv. lib. 3. cap. 11. num. 3.* ibi: *Secundò, & principaliter constituendum est, tertium bonorum Parentum legitimam reputari, ac eius effectus sortiri idcirco à Parentibus, filiis existentibus, extraneo relinqui non posse: & num. 6.* ibi: *Idque propter præiudicium, quod aliàs filiis, aut descendentibus fieret, cùm eorum legitima diminueretur, deducto tertio, aliter quàm illa forma, & ordine relicto*: Atqui el tercio de los bienes de el Padre solo es legitima respecto de los hijos legitimos, y no respecto de los naturales, en que convienen todos los Authores de vna, y otra opinion, nemine discrepante; ergo si la razon de la ley milita solo en los hijos legitimos, vnicamente para estos debe inducir necessidad en la mejora de el tercio, que hiziere el Padre, minimè tamen para los naturales.

167. Confirmase este discurso con otra doctrina de el

el Señor Castillo *lib. 4. controv. cap. 36. vbi à num. 22.* mueve la question, si el que funda Vinculo de tercio en virtud de facultad Real, està obligado à observar en los llamamientos el orden de la ley 27. de Toro? Resuelve, que no, y refiere executoria, que huvo en este particular de esta Real Audiencia, à cuyo favor expone varios fundamentos, que se tuvieron presentes para la decision, que vno de ellos es *num. 24. versic. Secundò deinde, quia in dict. l. 27. Tauri assignatur prædictus ordo ex eo, quòd tertium, de quo in ea disponitur, sit legitima filiorum, ideòque in eo, gravamen, nisi eo ordine observato, opponi non potest, prout ibidem omnes Commentatores advertunt; quod in bonis, ex quibus maioratus instituitur, omnino cessat, cùm relictis cæteris filiis alimentis, quæ in locum legitimæ subrogantur, illud, ex quo primogenium instituitur, iam legitima non sit, consequens est, vt in ea ordo ex d. l. 27. quoad tertium, quod est legitima, præstitutus, servari non debeat :::: nec eidem filiò in posterum potest competere aliud ius ad bona Parentis, nec habet ius contratabulandi, nec dicendi nullum Paternum testamentum, etiam si in eo prætereatur; cùm igitur cæteri filii, tanquam extranei censendi sint, consequens est, vt in maioratus institutione, necessariò post primogenitum, & eius descendentes vocandi non sint, cùm respectu extraneorum nullus ordo in d. l. 27. Tauri assignatus inveniatur*: lo que repite tambien à el *num. 25. versic. Deinde respondetur.*

168. Hagamos reflexion en estas palabras, y reparemos, en que, aunque à los hijos legitimos se les debe el tercio, como legitima, no obstante en el caso propuesto de la facultad Real, no està obligado el Fundador à observar el orden de la ley, y llamarlos à la succession de el Vinculo, por considerarse ya como estraños, y no deberseles la legitima; consideremos aora los naturales respecto de el tercio, y hallarèmos, que por ningun titulo, ni derecho les es debido, ni està obligado el Padre à instituìrles por herederos: pues si en los hijos legitimos, aun debiendoseles iure naturæ la legitima, no tiene el Padre obligacion de llamarlos en la mejora de el tercio en virtud de facultad Real, por no tener derecho en aquellas circunstancias à el referido tercio, como puede inducir necessidad la ley respecto de los naturales, quando estos absolutè no tienen derecho alguno, ni para con ellos es legitima el tercio?

Fa-

169. Fateor me non capere, ni se me ofrece disparidad alguna, que se pueda dàr de vn caso à otro, por cuyo motivo, y demàs fundamentos referidos, juzgo por mas probable la opinion, que no priva à el Padre de la libertad para substituìr, ò no à los hijos naturales; y no tuvo obligacion alguna de llamarlos, y pudo excluirlos, como con efecto los excluyò Pedro de Marchena, Fundador de el Vinculo principal, à que estàn agregados los otros tres de este litigio, y se deben regular por las mismas calidades, y condiciones, que el de Pedro de Marchena, como lo fundamos en el capitulo 1. de esta controversia num. 152. y por consiguiente no tiene derecho alguno à estos Vinculos Don Antonio Barba, aunque sean de tercio, y quinto.

CAPITVLO III.

FVNDASE EL MISMO INTENTO CON LOS AVthores de la opinion contraria.

170. NAda tiene de dificultoso persuadir vna conclusion con los Authores; que en el todo son favorables, y en lo que si consiste la dificultad es, en probarla con los que defienden la opinion contraria, omitiendo, que esta sea la verdadera: omitamos, pues, que el Fundador de Vinculo de tercio deba precisamente llamar à los hijos naturales, à falta de sus hijos, y descendientes legitimos, y que la ley induce necessidad, no solo en la substitucion de los legitimos, sino tambien en la de los naturales, y preguntemosles à los mismos Authores, què especie de necessidad es esta, y si siempre, que el Padre haze mejora, los debe llamar?

171. Para proceder con claridad, se debe presuponer, que de quatro modos puede ser la mejora de el tercio: vno, en que el Padre mejore à qualquiera de sus hijos, y no le ponga gravamen, ni haga substitucion alguna. Otro, en que haga las substituciones con el mismo orden de la ley: Otro, en q̃ à falta de sus descendientes legitimos, haga otras substituciones en ascendientes, colaterales, ò estraños, sin llamar los hijos naturales: Y otro, en que substituya à sus hijos, y descendientes legitimos, y à falta de ellos no haga substitucion alguna. En el primer

mer caso no ay duda, en que la mejora es valida, porque la ley no obliga, à que el Padre ponga gravamenes, y haga substituciones, sino à q̃ ex suppositione, de que las haga, observe en ellas aquel orden, en lo qual convienen los Authores de vna, y otra opinion, nemine reluctante: en el segundo no ay dificultad alguna, por observarse el orden de la ley: en el tercero consiste la disputa, para cuya resoluciõ se dividen los Authores en la conformidad, que hemos referido.

172. En el quarto oygamos à el Señor Castillo *controv. lib. 2. cap. 30.* en que despues de aver fundado, que el orden, de la ley, se debe observar en la substitucion de los hijos ilegitimos, dize *num.* 13. ibi: *Deinde necessitatem illam non iniungi melioranti precisè, sed causativè tantùm, potest enim Pater, vel Mater melioratione facta, vel nullum gravamen adiicere, vel in favorem vnius, vel aliquorum illud apponere, si tamen plures substitutiones efficere velit, sive vlterius progredi, & ad vlteriores vocationes accedere, necessariò tenebitur ordinem, ibi praescriptum observare: ideò dicimus formam illarum vocationum non inducere necessitatem praecisam, quoniam Pater, aut Mater omittere potest substitutiones, aut vocationes illas, si velit, sed causativam quamdam necessitatem, vt si ad illas velit pervenire, modo, ordine, atque forma ibidem praescriptis, id efficere debeat, quàmvis ergo personarum vocatio, atque gravaminum appositio voluntaria sit, non tamen inde sequitur vocationum ordinem voluntarium esse, si Testator, aut meliorationem efficiens per omnes gradus personarum faciat substitutiones, aut vocationes: & eod. cap. n.* 16. *versic. Tertio praeterea.* ibi: *Praedictam necessitatem substituendi, aut vocandi naturales filios praecisam non esse, etiam legitimis filiis à Parentibusélioratis, potest enim Pater, si velit, filium legitimum meliorare, eidemque meliorationi gravamina, aut substitutiones non adiicere, sive filios tantùm legitimos, ac eorum descendentes vocare, nec ad filiorum naturalium, aut aliorum vocationes accedere: esse tamen causativam, vt si Pater velit ad aliorum substitutiones, aut vocationes descendere, necessariò teneatur ordinem ibi praescriptum observare, & loco praefixo naturales vocare:* lo mismo funda *lib. 5. cap. 175. num. 7. versic. Hactenus.*

173. De que se infiere, que aunque segun la opinion de el Señor Castillo, y demàs Authores, que la siguen

guen, la ley induce necessidad en la substitucion de los ilegitimos, es vna necessidad meramente causativa, y que vnicamente puede tener efecto, en caso, que el Fundador, despues de aver llamado à sus hijos, y descendientes legitimos, haga otras substituciones; pero si no las hiziere, de ningun modo se opone à la ley, ni tiene de que quexarse el hijo natural, por no averlo llamado en el lugar, que le tocaba, respecto de que no hizo el Fundador substituciones de ascendientes, colaterales, ò estraños; cuyas circunstancias se verifican en las fundaciones de los Vinculos, sobre que es este litigio, pues, despues de aver llamado Pedro de Marchena en primer lugar à su hijo legitimo Salvador de Marchena, substituyò, y llamò otros hijos, y descendientes suyos legitimos; pero à falta de ellos, no ay clausula, en que llame à los ascendientes, transversales, ò estraños, y en la misma conformidad proceden los llamamientos de los otros Vinculos agregados: conque no alterò el orden de la ley, ni debiò llamar à los ilegitimos, à lo qual no estaba præcisè obligado, sed tantùm causativè.

174. Aunque esta doctrina de el Señor Castillo es cierta, replicarà Don Antonio Barba: Y el Fundador no tuvo obligacion precisa de llamar à los hijos naturales, nada consigue por este medio Don Antonio Laso, respecto de que quando el Fundador, despues de sus descendientes legitimos, no haze otros llamamientos, se extingue el Vinculo, y quedan libres los bienes en el vltimo de los llamados, vt ita Angulo *de meliorat. leg.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. glos.* 11. *num.* 4. ibi: *Vnde si post substitutos aliquos, vel omnes descendentes non procederet vltrà, bona non transirent ad alios descendentes, vel transversales, sed Vinculum finiretur in vltimo vocato, & in eo bona remanerent libera*: luego si Don Pedro Barba fue el vltimo de los descendientes llamados, y no es su heredero D. Antonio Laso, ningun derecho tiene à estos bienes, por ser ya libres, y averse extinguido el Vinculo.

175. La misma obligacion tiene Don Antonio Barba de satisfazer à esta replica, que Don Antonio Laso, pues tampoco es heredero forzoso de Don Pedro Barba, como no lo es de Don Enrrique Barba, aunque fuesse su

hi-

hijo natural: conque siendo innegable la doctrina, y que atendidas las circunstancias de las fundaciones de estos Vinculos, no tuvieron los Fundadores obligacion precisa de llamar à los hijos naturales, tengo probado mi intento de la exclusion de Don Antonio Barba, sin que adelante cosa alguna el susodicho, conque el Vinculo fuesse temporal.

176. La solucion directa es clara, pues este Author, y otro qualquiera, que se cite, para probar, que quando ay llamamientos determinados, & vltrà no precediò el Testador, se extingue el Vinculo en el vltimo, de los que fueron llamados, hablan en caso, que, ò expressa, ò tacitamente se limita el Fundador à aquellas lineas, y no fuesse su voluntad, que durasse in perpetuum; pero no quando expressamente dize, que dure para siempre, como lo expressaron los Fundadores de estos Vinculos, y que en defecto de los llamados, succediessen los demàs de su generacion con preferencia de el mayor à el menor, y de el varon à la hembra, en virtud de cuyas clausulas son perpetuos los Vinculos, aunque el Testador no vse de la palabra *Vinculo*, ò *Mayorazgo*, y despues de algunos llamamientos, no expresse otras lineas, como con extension lo funda el Señor Castillo *controv. lib.* 5. *cap.* 93. §. 2. y en los demàs subsequentes, y el Señor Molina *de primog. lib.* 1. *cap.* 4. con otros muchos, que refieren sus Addentes, y no aviendo clausula restrictiva, se continùa la succession en todos los parientes, pues aunque no tengan llamamiento expresso, lo tienen virtual, y tacito.

177. De esta solució se forma otra instancia: Pues si los Vinculos deben subsistir ex voluntate præsumpta, aunque los llamamientos sean de determinadas lineas, parece que debe succeder en el Vinculo de Pedro de Marchena, y demàs agregados Don Antonio Barba con preferencia à Don Antonio Laso, por quanto la voluntad tacita, y virtual consiste en la presumpcion, de que el Testador se quiso conformar con las leyes, y orden, que segun ellas se debe observar en la succession, como lo confiessan el Señor Molina, y el Señor Castillo, vbi suprà citados: conque aunque en las fundaciones de estos Vinculos no fueron llamados los naturales, ni ay volun-

tad expressa, la ay tacita: lo que se comprueba, atendiendo â que quando el Señor Castillo *lib. 2. controv. cap. 7.* resuelve, que quando en la mejora de el tercio el Padre pervirtiò la disposicion de la ley 27. se deben reducir â el orden de esta los llamamientos, se funda en la voluntad presumpta, que ay en este particular de el Testador, vt patet *ex num.* 17. ibi: *Secundò moveor, nam cùm Testator ipse meliorationem iure perpetui fideicommissi, aut maioratus possideri voluerit, tametsi in vocationibus ordinem legis Regiæ prævererit, censendus est voluisse facere omnes substitutiones, ad ipsam perpetuitatem inducendam, necessarias, & sine quibus bona ipsa conservari non possent perpetuò iure maioratus, etsi aliter non expresserit, aut eo modo, quo succedi perpetuò non posset, & in definitis vocationibus vtiliter factis successio ad eos devenire debet, qui ex lege vocantur, & in quibus iuxta voluntatem Testatoris maioratus poterit conservari perpetuò.*

178. Respondo, que la voluntad tacita no tiene lugar, quando ay voluntad expressa en contra, por cuyo motivo no ay voluntad virtual, y tacita de la perpetuidad de el Vinculo, quando, ò el Fundador expresò, que el Vinculo fuesse temporal, ò puso alguna clausula restrictiva, y limitada à los llamamientos, que hizo, en cuyo sentido proceden los Authores citados: respecto de lo qual los Vinculos de este litigio son perpetuos, asi por averlo expressado el Fundador, como porque, aunque no hiziera esta expresion, bastaba, que no contuviessen las fundaciones clausula alguna restrictiva; pero no ay voluntad presumpta, de que succedan los naturales por averlos excluìdo expressamente el Fundador.

179. El Señor Castillo *in dict. cap.* 7. habla en caso, que los naturales, ni son llamados, ni excluìdos, y el Testador despues de aver llamado à sus hijos, y descendientes legitimos hizo otros llamamientos; pero no habla, quando despues de los descendientes, no hizo el Fundador llamamiento alguno, como se verifica en el caso presente, y en estas circunstancias no obliga la ley, por ser solo vna necesidad causativa, la que induce, como lo hemos fundado con el mismo Señor Castillo: y si aunque el Testador despues de sus descendiẽtes legitimos no hiziera otros llamamientos expressos, huviera voluntad pre-

presunta, de que succediessen los naturales, siempre se verificarà; que la necessidad era precisa, y no merè causativa, pues procediera, ò no ad vlteriora el Testador, succedieran los hijos naturales ex voluntate præsumpta; lo qual es contrario à la mente de el Señor Castillo.

180. Tampoco habla en dicho capitulo de el Vinculo de tercio, en cuya fundacion ay exclusion de los ilegitimos, y donde tocò este punto es en el *lib. 5. controv. cap. 98. à num.* 10. y confiessa no aver excitado antecedentemente esta question, y haziendose cargo de la voluntad presumpta, en que fundò la resolucion de el *cap. 7.* dize, que no tiene lugar, quando ay exclusion, vt patet ex eius verbis ibi: *Vltra hos autem, & ea quoque, quæ ipsomet c. 7. l. 2. annotata, atque scripta reliqui, animadvertendum, atque inferendum erit ad vnum, quod summè necessarium est, quia assiduè ocurrere potest, & hactenus non modò explicatum, sed nec tactum quidem, num scilicet resolutio ea, de qua suprà, in primo casu distinctionis, & d. cap. 7. ex num. 14. vsque ad num. 25. quæ in coniectura voluntatis, atque præsumpta mente eius, qui meliorationem fecit, fundatur, vt scilicet, quando iure perpetui Vinculi, aut maioratus, bona meliorationis possidere in perpetuum, sive perpetuum Vinculũ, aut primogenium instituere, qui melioravit, voluerit, vocationes, & substitutiones suppleantur, & ad ordinem, & formam prædictæ L. Tauri 27. reducantur, nè dispositio corruat, ex quo constat voluisse meliorantem perpetuum maioratum instituere; procedere etiam possit, necne, quando expressè, specificèque contraria voluntas eiusdem meliorantis, aut disponentis apparet; vt puta, quia parens, vel ascendens metipse, qui meliorando tenebatur præcisè servare ordinem in eadem l. Tauri præfixum, non modo servavit illum, non etiam eum tacitè alteravit, de vnius scilicet vocatione, aut substitutione ad aliam se transferendo, & ordinem prævertendo, naturalesque filios, aut alios, qui vocari debebant, omittendo, sed expressè prævertit illum, atque in institutione Vinculi, aut maioratus filios illegitimos expressè exclusit, & sic naturales, & eos omnes, qui successuri essent, legitimos esse, atque ex legitimo Matrimonio natos, nec aliàs admitti, quâm si legitimi essent, statuit specificè; tunc namque dubium facit, nos in claris esse, & in expressis, & aliud videri silentio prætermisisse aliquem gradum, aut personam ex his, quæ ea in lege enumerantur, vt tunc coniectura admittatur, atque ex præsump-*

ta mente, sive coniecturata voluntate substitutiones suppleantur, & ad ordinem illius legis reducantur ex dictis eodem cap. 7. lib. 2. aliud verò gradum filiorum, & descendentium naturalium exclusisse, cùm is, qui meliorationem fecit, illegitimos perpetuò exclu|serit, quo casu ex coniectura voluntatis is gradus naturalium, nec suppleri, nec reduci potest, cùm specificè, expressèque exclusio naturalium sub exclusione illegitimorum adsit, cessatque omnino coniectura illa, ex qua suppleri, reducique vocationes diximus.

181. De que se infiere, que para la succession de estos Vinculos no tiene à su favor Don Antonio Barba llamamiento virtual, y tacito, por aver exclusion de los ilegitimos, y que no le obsta à Don Antonio Laso la resolucion, que à favor de los naturales fundò el Señor Castillo en el *lib. 2. cap. 7.* y en los demàs, en que le citamos num. 158. de este Informe, y la dificultad presente consiste en indagar, si no obstante la exclusion, que contienen las fundaciones, debe succeder Don Antonio Barba?

182. Propone esta duda el Señor Castillo en el referido *cap. 98.* y se haze cargo, de que si en el caso propuesto de la exclusion, se admitieran los hijos naturales, se contraviniera à la voluntad de el Testador, y sino se admitian, à la disposicion de la ley; y hablando en las circunstancias, de que concurra vn transversal pariente de el Fundador, lo que toca *num. 12. in fine*, resuelve la question *num. 16.* ibi: *Dato autem, quòd simul stare non possent, maioratum conservari, & durare, atque illegitimos, naturales scilicet, non admitti, ex quo naturales suo loco ex lege ipsa Tauri vocantur, verisimiliter, ac certò quidem credendum est, maioratus Institutorem voluisse potiùs maioratum durare, & reductionem vocationum, & substitutionum fieri iuxta formam legis eiusdem, quàm in vltimo eorum, qui vtiliter, & secundùm formam legis vocati fuerunt, extingui maioratum, bonaque libera remanere; cùm ergo absque dubio, si id præ oculis habuisset, is qui disposuit, aut casum istum prævenisset, sic statuisset, & potiùs conservationem, quàm extinctionẽ maioratus vellet, ita forsan videbitur necessariò dicendum, nam licèt illegitimos disponens ipse excluserit, generaliter id ita demum voluisse videtur, si simul maioratus stare, & conservari posset: posito autem, quòd precisè maioratus extingui deberet, aut filiorum naturalium admissio concedi, præsumendum videtur,*

quòd

quòd potiùs maioratum conservari voluerit, & eosdem admitti, quàm extingui ipsum, vt iidem non admitterentur, qui in hoc casu ex verisimili, præsumptaque voluntate exclusi non censentur, sed tantùm eo casu, quem Testator excogitavit stare scilicet simul posse, quòd maioratus durare, conservarique posset, & quòd ipsi illegitimi, & sic naturales quòque ad succesionem non admitterentur, aliâs verò contrarium.

183. Segun esta resolucion no debe succeder en estos Vinculos Don Antonio Barba, por ser compatible, atendidas las circunstancias presentes, que subsista, y no se extinga el Vinculo, y que no obstante, no succeda el dicho Don Antonio, quien solo succediera, en caso que no huviesse otro pariente alguno de los Fundadores, y que de la exclusion de el dicho Don Antonio se siguiera extinguirse el Vinculo; pero aviendo otro pariente, como lo es Don Antonio Laso, y su descendencia, en que se puede continuar, se debe llevar à debido efecto la exclusion, y por este medio se cumple absolutè la voluntad de los Fundadores, asi en la perpetuidad de los Vinculos, como de que no succedan los hijos ilegitimos.

184. Atendida esta exclusion, y demàs circunstancias, que hemos expuesto à favor de Don Antonio Laso, no estàn contrarios los Authores, que referimos por la opinion contraria à los num. 156. 157. y 158. de este Informe, pues Noguerol *allegat.* 25. dize, aver defendido à Dominga Alvarez, que pretendia la herencia ab intestato de Doña Maria Damiana de Samano, su sobrina, vltima posseedora, que fue, de el Mayorazgo de los Victorias, en que succediò por muerte de Don Joseph Antonio de Samano, su medio hermano, y contradecia esta pretension Doña Maria de Castrejon, à quien instituyò por su heredera el dicho Don Joseph, penultimo posseedor de el Mayorazgo, y persuadiendose, que la dicha Doña Maria Damiana, por ser hija natural, era incapaz de la succesion, dispuso de los bienes Vinculados, como si fueran libres, considerandose vltimo posseedor.

185. En que es de notar lo primero, que despues de aver muerto el dicho Don Joseph, no avia otro pariente de los Fundadores, mas que la dicha Doña Maria Damiana, por cuyo motivo, por muerte de esta quedaron los

bie-

bienes libres, vt ait Noguerol *num.* 10. ibi: *Et quia nullus reperitur consanguineus Fundatorum huius maioratus, in D. Maria bona libera remanserunt*: lo segundo, que en aquel Mayorazgo no avia exclusion expressa de hijos ilegitimos, y este es vno de los fundamentos, que alega este Author, *num.* 94. ibi: *Quàmvis D. Maria Damiana non fuit filia legitima D. Iosephi de Samano, sed naturalis, certissimum est eam successisse in dicto maioratu ob mortem D. Iosephi eius fratris, & ei esse dandam possessionem, non solùm ex fundamentis suprà relatis, sed ex particulari cap.* 1. §. 1. *versic. si autem possessionem de investitura inter Dominum, & Vassallum, & cap.* 1. §. *inter filiam si de fœudo defuncti contentio sit, vbi probatur, quòd in iudicio possessorio, quando filia non est notoriè exclusa, debet obtinere in præiudicium transversalium, cuius decisio ex paritate rationis procedit in sorore vltimi maioratus possessoris.*

186. Lo tercero, que haziendose cargo *num.* 101. de la exclusion, dize: *Et non obstat contra hoc opponere, non procedere hanc distinctionem, quando adest exclusio expressa illegitimorum filiorum, quia tunc non potest eorum vocatio suppleri ad conservandam voluntatem Testatoris; quia in hoc casu sunt duæ voluntates Testatorum, prima instituendi perpetuum maioratum, alia, quòd successores sint legitimi, & cùm ambæ conservari non posint ob perplexitatem, prævalet concordia conservandi perpetuitatem maioratus, & quòd succedant, qui excludi non potuerunt*: y dize bien este Author, porque en el caso, en que habla, no avia mas pariente de el Fundador, q̃ Doña Maria Damiana, por cuyo motivo debia succeder, porque no se extinguiesse el Vinculo, y aunque huviera exclusion succediera no obstante, por no poderse verificar simul la voluntad de el Tastador en quanto à la perpetuidad de el Vinculo, y en quanto à que no succedan los ilegitimos.

187. Y lo quarto, que en los Mayorazgos, sobre que recayò la executoria de el Real Consejo de Castilla, y refiere Noguerol *num.* 111. in fine, no dize, que huviesse exclusion expressa, y solo se haze cargo de la tacita, que consiste en las substituciones de hijos legitimos, ibi: *Et non obstitit, prædictum D. Didacum de Zuñiga fuisse natum post fundationes, & mortem Fundatorum, & eum fuisse exclusum per substitutiones legitimorum filiorum, in quibus ipse non*

com-

comprehendebatur; pero no avia en la fundacion de aquellos Mayorazgos la clausula reduplicativa, *con tanto que sean legitimos*, ni otra equivalente: Y si por no aver otro pariente mas que la dicha Doña Maria Damiana, y no estàr excluìda, defendiò Noguerol, que debia succeder en el Mayorazgo de los Victorias, por muerte de Don Joseph su hermano, à contrario sensu, no tuviera el menor embarazo en defender à Don Antonio Laso, mediante la exclusion, que contiene la fundacion de estos Vinculos, de los ilegitimos, y que para que estos se perpetuen, no es preciso, que succeda Don Antonio Barba.

188. Ni està contrario Mieres, antes sì muy favorable à Don Antonio Laso, pues aunque es verdad, que dize, que el orden de la ley se debe observar, como forma, limita esta à aquellos descendientes, que existieren à el tiempo, què se haze la mejora; pero no à todos los que despues successivamente nacieren, vt ait 2. *part. quæst.6. num.* 25. ibi: *Et ex hac ratione differentiæ potest inferri egregia limitatio, & intellectus ad d. l. 27. quòd licèt Parentes teneantur vocare priùs omnes descendentes ad meliorationem tertii, intelligendum est de his, qui sunt in proximis gradibus, & qui iam nati sunt, & tempore factæ meliorationis habent iam ius succedendi, quod suadetur ex verbis prædictæ legis, ibi, con tanto, que lo hagan entre sus descendientes legitimos, que ayan derecho de les poder heredar, nam qualitas adiecta verbo intelligitur secundùm tempus verbi.* Et ibi: *Ex quo fit, quòd Pater tenetur observare ordinem, & formam prædictæ legis in favorem illorum, qui nati sunt tempore confectionis meliorationis, possunt itaque Parentes vocare post extinctos eos, qui tunc nati sunt, alios præter eos, qui continentur in d. l. & cùm ea lex sit exorbitans, & restrictiva voluntatum Parentum, non est extendenda vltra casum, in quo loquitur, nec est extrahenda à terminis, in quibus disponit.*

189. Respecto de lo qual no se alterò, ni invirtiò el orden de la ley en los llamamientos, que hizo Pedro de Marchena, y los demàs Fundadores, pues llamaron à los hijos, que entonces tenian, y sus descendientes legitimos, y no existiendo entonces Don Antonio Barba, no se verificaban en èl las palabras de la ley, *que ayan derecho de les poder heredar*, las que solo pudieran tener lugar segun esta doctrina, en caso que à el tiempo de la mejora los

Fundadores tuviessen algun hijo natural; pero como no consta, que lo tuviessen, y la ley, por coartar la voluntad de los Padres, strictè est interpretanda, es valida la exclusion, que hizieron de los ilegitimos, la que atendida, no obstan los demàs Authores, que citamos por la oponion contraria, porque no hablan en caso de exclusion, y en este procede la resolucion de el Señor Castillo.

190. His ergo omnibus ritè perpensis, se reconoce, que no tiene derecho alguno à estos Vinculos Don Antonio Barba, y que se debe conceder la administracion con fianza à Don Antonio Laso, como à immediato successor, q̃ es de ellos por cuyo motivo espera obtener sentencia favorable: S. T. S. D. C. Sevilla, y Agosto 12. de 1726.

Lic. D. Fernando Augustin Barrassa.

A Mis manos ha llegado vn Manifiesto Juridico de Informe en Derecho, escrito en defensa de la pretension, que en punto, que passa en la Real Audiencia de esta Ciudad, tiene intentada D. Antonio Lasso de la Vega, y Porres, vezino, que es de ella, contra D. Antonio Barba, y Gongora, que lo es de la de Carmona, sobre el encargamiento, que ambas Partes pretenden por via de administracion de los bienes del Vinculo, que fundaron Pedro de Marchena Bazan, y Maria de Santaella su muger, y los de las agregaciones, que hizieron, primero el Bachiller Salvador de Marchena su hijo, y despues Doña Bernardina de Rueda, quienes las hizieron con las mismas condiciones de llamamiẽtos, y otras contenidas en la primordial vinculacion.

Ha sido el motivo de la remision de este Manifiesto Juridico, para q̃ reconocido, dè dictamen, en si los fundamentos de Derecho, q̃ en cada vna de las tres controversias, ò puntos, q̃ se tocan, y capitulos de cada vna son adequados, y proprios, y cõq̃ se pruebã todas las dichas pretensiones: y aunque no era, ni es este assumpto correspondiente à mi corta suficiencia; sin embargo, por dezir desnudamente lo que siento, he tomado, si bien con no poco gusto, el trabajo de leer con cuydado vna, y mas veces de primo ad vltimum todo el dicho Informe: para lo qual me es preciso debã assentar por constante, y cierto el hecho tan por menor referido desde el primer numero hasta el 58. de dicho Informe; para que en la inteligencia deste supuesto tengan lugar los fundamentos Juridicos, que se proponen para la defensa, pues como asienta la ley 15. *C. de transact. Vt responsum congruum accipere possis, insere pacti exemplum.*

Es todo el assumpto del litigio pretenderse por vna, y otra Parte la administracion de los bienes del dicho Vinculo por la dilatada ausencia, y retiro â los Reynos de las Indias de D. Pedro Barba de Gongora, su Posseedor, pretendiendola D. Antonio Lasso de la Vega, como immediato successor, que afirma serlo à falta del dicho D. Pedro, y sũ legitima succession: Y D. Antonio Barba la procura como sobrino del ausente, hijo natural de Don Enrique Barba, hermano legitimo, que fue, del expressado Don Pedro: y para manifestar ser de Derecho

D. Antonio Lasso su pretension, como se intenta hazer en este Juridico Manifiesto, se divide en tres controversias, ò puntos con sus subdivisiones en cada controversia por capitulos: siendo la primera, que como immediato Successor se le aya de conceder la administracion con fianza, que ofrece: la segunda, q̃ D. Antonio Barba no ha justificado ser hijo de D. Enrique Barba, avido en Doña Monica de Vargas, para que se quiera tener por hijo natural de los susodichos: y la tercera, que aunque fuesse tal hijo natural, no tiene derecho para la succession, à fin de que la administracion quiera, que se le encargue.

Hallo en mi cortedad, que estos tres puntos son los propriamente conducentes à el presente assumpto del pleyto, y hecha, como lo està, esta particion de ellos en el Informe, contiene toda claridad, porque aliàs, si debaxo de vn punto se contuvieran dichas controversias, no huviera claridad, sino obscuridad: *Quia generalitas obscuritatem parit. Argum. legis in tradendis, ff. Communia praediorum tam rusticor. &c.* Surd. *Consil.* 376. *num.* 19.

En quanto à la primera controversia, sobre que à el pariente mas cercano del ausente por dilatado tiempo, y que se ignora, si està vivo, ò muerto, quien debe succeder, vel ex testamento, vel ab intestato, se debe dar la administracion de sus bienes libres, ò del Mayorazgo, que posseen, està tambien fundado con testos, y muchas autoridades en el vno, y en el otro genero de administracion, y respondido en los dos vltimos capitulos de dicha primera controversia à las objeciones, que pudieran hazerse, que no me queda el menor genero de duda de lo exactamente ponderado en este primer punto, ò controversia.

En quanto à la segunda, tocante à la prueba de la filiacion del dicho Don Antonio Barba, cuya impugnacion se toca en quatro capitulos desde el numero 107. hasta el 141. del Informe, està tan menudamente explanada dicha impugnacion, no solo para que no se deba tener por hijo natural de D. Enrique Barba, y de Doña Monica de Vargas el expressado D. Antonio Barba, pero ni aun por hijo de otra qualquiera classe; à que no hallo cosa, que pueda añadir à las doctrinas, y autoridades muy proprias de este punto, que se contienen en dichos quatro capitulos.

Y.

Y finalmente, por lo que toca à el punto de la tercera controversia, que en mi concepto es el critico, que mira à la exclusion, tanto de la succession en los bienes vinculados, como en la administracion interina de sus bienes, y rentas, interim, que no se averigua ciertamente, si es muerto, ò no el dicho Don Pedro Barba; y que si siendo ya defunto, como puede presumirse, segun el transcurso de mas de 94. años, que han passado desde su nacimiento, y Baptismo, segun la fè presentada de èl, aya quedado succession legitima suya, en quien dichos Vinculos recaygan: Aviendo justificado Don Antonio Lasso, que por muerte, sin legitima succession de el dicho Don Pedro, como immediato, debe recaer la succession; y que se prueba, que aun concedido, que Don Antonio Barba sea tal hijo del dicho Don Enrique, tiene manifiesta exclusion, porque â la succession, son expressamente llamados los legitimos con la palabra *con tanto, que lo sean*; no hallandose, ni pudiédose dàr esta qualidad de legitimo en el mencionado D. Antonio Barba; viene à quedar su exclusion manifiesta, tanto para quando pueda llegar el caso, y tiempo de la succession, como aora para el encargamiento de la administracion de dichos Vinculos, y aun se funda mas en dicho Informe, aun quando se consideràra la vinculacion hecha de tercio, y quinto, en cuyo caso el Fundador no estaba obligado à llamar à falta de legitimos à los hijos naturales, no obstante lo dispuesto por la ley 11. *tit. 6. lib. 5. Recop.* q̃ es la 27. de Toro, de que se viene haziendo cargo en el capitulo segundo de la dicha tercera controversia, y de los Autores, que tocaron este punto; y aun el mayor primor, que el Informe tiene, es tratar de probar, como se haze en el capitulo tercero desde el numero 170. con los mismos Authores, que llevaron la opinion contraria, dicha proposicion, siendo lugares à el intento bien traidos los de Noguerol en la alegacion 25. *num.* 101. y el de Mieres *de Maiorat. 2. part. quæst. 6. num.* 25.

Mediante lo qual, y por no dilatarme mas en este parecer, digo finalmente, que el mio es, que el Informe, y Manifiesto, supuesto el Hecho, lo tengo en el Derecho por muy arreglado, y por muy justificada la pretension para la administracion de dichos Mayorazgos, que D.

An-

Antonio Lasso de la Vega tiene deducida, de que puede mas que probablemente esperar sea à su favor la determinacion: Asi lo siento, salvo, &c. Sevilla, y Septiembre cinco de mil setecientos y veinte y seis años.

Licenciado D. Luis Fernandez de Valenzuela.

AVIENDO VISTO LA ALEGACION JURIDICA DEL LIC. Don Fernando Agustin Barrassa en defensa de la justicia, que asiste à D. Antonio de la Vega, y Porres, immediato Successor à los Vinculos, y Mayorazgos, que fundaron Pedro de Marchena Bazan, Maria de Santaella su muger, el Bachiller Salvador de Marchena, y Doña Bernardina de Rueda, à fin de excluir la pretension, que sobre el encargo de la administracion de ellos ha intentado D. Antonio Barba, hallo verificado lo que dixo Plinio *lib. 2. epist. 3. Narrat apertè, pugnat acriter, colligit optimum, ornat excelsè, & postremò delectat, & docet.* Et D. Ambrosius *lib. 2. de Virg. Nullum à labore te reclinat otium.* Y que adequando propriamente el Elogio de Horacio:

Hoc opus Authorem laudat, & Author opus.

nada me queda que añadir, mediante que lo puntual de las doctrinas, con que fundamenta lo sòlido de sus discursos, y tan en especificos terminos del assumpto, le eximen de la censura, que con Bart. Felin. y Mantica notò Guzman *in verit. 24. num. 1.* ibi: *Decidere per regulas generales pauperis est Doctoris.* Y quando lo huviesse, releva de essa ocupacion lo expuesto en el Parecer del Licenc. Don Luis Fernandez de Valenzuela, y asi conformandome en todo, y por todo con ambos, concluyo con Tacito *lib. 3. Annales, neque omnia apud Priores meliora.* Salvo, &c. Sevilla, y Septiembre diez de mil setecientos y veinte y seis años.

Licenciado D. Jacobo Sanchez Samaniego.